

ENTRE LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN DEL EMPRESARIO Y EL DERECHO DEL CANDIDATO AL PUESTO DE TRABAJO

[Comentario a la STJUE de 19 de abril de 2012, asunto C-415/10, Galina Meister y Speech Design Carrier Systems GMBH] *

ANTONIO TAPIA HERMIDA

*Doctor en Derecho
Profesor Titular de Derecho Mercantil.
Universidad Complutense de Madrid
Letrado de la Seguridad Social
Académico Correspondiente de la
Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*

Extracto:

EL equilibrio entre la libertad de los empleadores a contratar a personas de su elección y los derechos fundamentales de los candidatos a un puesto de trabajo, y el derecho de una persona cuya candidatura a un puesto de trabajo en una empresa haya sido rechazada a recibir una completa información relativa al proceso de selección, constituyen el *leitmotiv* del presente trabajo.

Palabras clave: igualdad de trato en el empleo y la ocupación, proceso de selección, discriminación y carga de la prueba.

* El texto íntegro de esta sentencia puede consultarse en *RTSS (Legislación y Jurisprudencia)*. CEF, núm. 351 o en *Normacef Socio-Laboral* (NSJ043912).

BETWEEN THE FREEDOM OF THE EMPLOYER TO RECRUIT THE PEOPLE OF HIS CHOICE AND THE RIGHT OF THE APPLICANT TO A JOB

[Comment to the Judgement of the ECJ dated April 19, 2012, in case C-415/10,
Galina Meister and Speech Design Carrier Systems GMBH]

ANTONIO TAPIA HERMIDA

*Doctor en Derecho
Profesor Titular de Derecho Mercantil.
Universidad Complutense de Madrid
Letrado de la Seguridad Social
Académico Correspondiente de la
Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*

Abstract:

THE balance between the freedom of employers to recruit the people of their choice and the fundamental rights of job applicants, and the right of a person whose application for a job in a private company was unsuccessful to receive full information concerning the selection procedure, are the leitmotiv of this study.

Keywords: equal treatment in employment and occupation, recruitment procedure, discrimination and burden of proof.

Sumario

- I. Introducción.
 1. Consideraciones iniciales.
 2. Breve referencia al supuesto fáctico.
- II. Consecuencias de la ajenidad y la dependencia inherentes al contrato de trabajo y a la relación laboral.
- III. Las posiciones relativas del empresario y del trabajador en el contrato de trabajo: el empresario/empleador y el trabajador.
- IV. La virtualidad jurídica del principio de igualdad en las relaciones *inter privatos*.
- V. El tratamiento desigual o discriminatorio en el acceso al trabajo.
- VI. La «carga de la prueba» y la «prueba indiciaria».
- VII. Sobre el acceso del candidato al puesto de trabajo a la información sobre el proceso de selección, y su denegación por el empresario.
- VIII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

«Discriminar (...) en cuanto a las facilidades y oportunidades de ascenso a un empleo, (entraña) gravísima violación de derechos fundamentales del hombre.»¹

Atendiendo a semejante afirmación la Sala Segunda del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó, con fecha 19 de abril de 2012, una sentencia, de indudable trascendencia, en el asunto C-415/10, Galina Meister y Speech Design Carrier Systems GMBH. Trata aquella resolución jurisdiccional sobre la búsqueda de un equilibrio entre la libertad del empresario para la contratación de trabajadores y el derecho que pudiera asistir a un trabajador que hubiera presentado su candidatura a un anuncio de contratación efectuado por ese empresario a ser seleccionado y efectivamente contratado si cumple los requisitos exigidos en aquel anuncio de contratación. Más concretamente:

La cuestión prejudicial planteada² «sitúa al Tribunal de Justicia ante una cuestión espinosa, la de determinar de qué modo un candidato a un puesto de trabajo puede hacer valer, respecto de sí mismo, el cumplimiento del principio de igualdad de trato cuando su candidatura ha sido rechazada

¹ RECASENS SICHES, L.: *Tratado General de Filosofía del Derecho*, México: Editorial Porrúa, S.A., 1978, pág. 592.

² Por el Bundesarbeitsgericht alemán, con ocasión del recurso de casación interpuesto contra las sentencias desestimatorias en la primera instancia y en trámite de recurso de apelación, ante el Landesarbeitsgericht.

por el empresario sin dar ninguna razón de este rechazo ni proporcionar información alguna sobre el proceso de selección y el modo en que terminó». ³

1. Consideraciones iniciales

Tratar del binomio «libertad-igualdad de trato» requiere del previo recordatorio de que el mismo se encuentra en la urdimbre misma del «discurso ajustado a las leyes de la lógica y la razón» («racionalismo»), constituyéndose en núcleo de la cultura occidental. La libertad individual y la igualdad son su presupuesto ineludible y el «contractualismo» su corolario o consecuencia inevitable. La preeminencia global o universal de la cultura occidental, transformada así en la civilización actual, conlleva naturalmente la vigencia del referido binomio y consecuentemente del «contractualismo» como único sistema o principio legitimador tanto en el plano político, de lo colectivo o de lo «público», (democracia = libertad + igualdad + equidad), ⁴ como en el ámbito de las relaciones jurídicas interindividuales, o de lo «privado» ⁵ («autonomía de la voluntad» = libertad + igualdad + equidad).

La sentencia objeto de comentario no se refiere al binomio «libertad-igualdad», ni siquiera explícitamente a la libertad contractual del empresario, en el ámbito de las relaciones de trabajo. Efectivamente, la sentencia presupone aquella libertad contractual del empresario, tratando implícitamente de la misma en la medida en que su posible limitación es punto de partida para enjuiciar la demanda (del trabajador) a la «igualdad de trato» y a no ser «discriminado» en un proceso selectivo de contratación laboral. Deviniendo instrumentalmente decisivas, a la postre, para lograr el «justo equilibrio» entre la «libertad» (del empresario) y el principio de «igualdad» (formulado como «derecho a la igualdad de trato y no discriminación del trabajador») la determinación de la carga de la prueba y la prueba indiciara.

Ciertamente el empresario, en cuanto que su actividad se proyecta socialmente, ha de observar y cumplimentar las normas generales que regulan el ejercicio de cualquier actividad y específicas de la concreta actividad que desarrolle. Entre ellas que quienes prestan servicios en la organización empresarial, ostenten las cualificaciones técnicas y profesionales precisas y exigibles. No obstante presupuesta la concurrencia de esos generales condicionamientos de la actividad empresarial, ¿puede el empresario contratar laboralmente a quien considere oportuno?, ¿tiene que efectuar una «oferta pública de contratación», o acudir a alguna oficina pública o de «empleo», para poder contratar trabajadores?

³ Conclusión 2 de las presentadas por el Abogado General Sr. Paolo Mengozzi, en el asunto de referencia, el 12 de enero de 2012.

⁴ Vid. RALWS. J.: *Teoría de la Justicia*, México-Madrid-Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1979, especialmente págs. 28-29, 76-77, 82-87, 95-97, 112-135, 143-178 y 234-237; AMARTYA SEN: *La idea de la Justicia*, Madrid: Taurus, 2009, especialmente págs. 17-23, 50, 76-80, 85-88, 98-101, 207-215 y 321-368.

⁵ Vid. RAZ: *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, 1986, especialmente pág. 154. Precisando el Abogado General Sr. Pioares Maduro, en la nota 9 de su escrito de conclusiones presentado el 31 de enero de 2008, que «en aras de la exactitud, debe indicarse que algunos autores incluyen el valor de la autonomía personal dentro de la dignidad. Lo mismo sucede con la manera en que la jurisprudencia de algunos tribunales constitucionales trata ambos conceptos».

La respuesta al primer interrogante parece que ha de ser positiva y al segundo negativa, por la operativa del binomio «libertad-igualdad». El empresario puede contratar al trabajador que considere oportuno (criterio subjetivo de adecuación) para desempeñar un determinado puesto de trabajo, y para ello no tiene el deber de acudir a ninguna oficina pública o de empleo. Ni el Estado ni ningún otro sujeto está facultado para coartar su libertad al respecto. En otro caso sería ilusoria la libertad de empresa y no se podría hablar de sistema de economía de mercado.

Pero qué ocurre cuando es el propio empresario el que anuncia y publicita la contratación y llama a la concurrencia competitiva entre posibles candidatos a esa contratación: ¿autolimita su libertad inicial de contratación?, ¿sufre una objetivación su inicial criterio subjetivo de adecuación? La respuesta entonces ha de ser positiva por razón de la imperatividad del binomio «libertad-igualdad» y el discurso «racional». Con el resultado de una cierta «publicación» de las relaciones jurídicas «privadas», o si se prefiere la ruptura del paradigma de la diferenciación entre lo «público» y lo «privado», asumiendo protagonismo para resolver la selección, desde la igualdad de los candidatos, el «mérito» y la «capacidad».

2. Breve referencia al supuesto fáctico

El supuesto de hecho, brevemente expuesto y siguiendo el contenido de la sentencia objeto de comentario, y las cuestiones prejudiciales planteadas al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pueden describirse como de seguido se indica. La demandante en el proceso principal, la Sra. M. de origen ruso, era ingeniera técnica «de sistemas», habiendo obtenido su titulación en Rusia, y reconocida su equivalencia en Alemania mediante un diploma (alemán) expedido por una Fachhochschule (centro de enseñanza profesional superior).

La empresa alemana, S. D., publicó un anuncio en la prensa para la contratación de un «desarrollador de programas informáticos con experiencia», al que respondió la Sra. M., presentando su candidatura. Mediante comunicación escrita, aquella empresa S. D. desestimó su candidatura, *ab initio*, sin convocarla para entrevista alguna a fin de conocer directamente y explorar sus cualidades y competencias profesionales, que la trabajadora afirmaba reunir de forma verosímil, con vistas a la contratación.

Poco tiempo después, esa misma empresa difundió en Internet un segundo anuncio cuyo contenido era análogo al del primero. De nuevo la Sra. M. presentó su candidatura, la cual fue también desestimada por la empresa, igualmente sin haber convocado a la Sra. M. para entrevista alguna y sin comunicarle ninguna información sobre los motivos de la desestimación de su candidatura. En ningún momento aquella empresa manifestó que el nivel de cualificación de la Sra. M. no se correspondiera al requerido en ese proceso de contratación.

Considerando que reunía las condiciones exigidas para ocupar el puesto de trabajo al que había optado, y considerando que había sufrido un trato menos favorable que otra persona en una situación

similar, a causa de su sexo, de su edad y de su origen étnico, la Sra. M. demandó a S. D. ante el Arbeitsgericht, solicitando que aquella empresa le pagase una indemnización por discriminación en el empleo, y que presentase el expediente del candidato seleccionado, lo que le permitiría demostrar que estaba más cualificada que el candidato seleccionado y contratado.

La demanda de la Sra. M. fue desestimada en primera instancia. Disconforme con aquella resolución judicial la Sra. M. interpuso recurso de apelación ante el Landesarbeitsgericht, que confirmando la sentencia de instancia desestimó el recurso interpuesto. La demandante, Sra. M., no conforme con la segunda resolución jurisdiccional recaída, recurrió en casación ante el Bundesarbeitsgericht. Este tribunal, cuestionándose si la Sra. M. podía invocar un derecho a la información en virtud de las Directivas 2000/43, 2000/78 y 2006/54, y, si así fuera, las consecuencias de una denegación de información por la empresa S. D., decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

1. «¿Han de interpretarse el artículo 19, apartado 1, de la Directiva 2006/54, el artículo 8, apartado 1, de la Directiva 2000/43 y el artículo 10, apartado 1, de la Directiva 2000/78, en el sentido de que, en caso de no ser seleccionado, al trabajador que acredite cumplir los requisitos para un puesto ofrecido por un empresario se le debe conceder el derecho a ser informado sobre si este contrató a otro candidato y, en caso afirmativo, con arreglo a qué criterios se realizó dicha contratación?»
2. «En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión: ¿constituye la circunstancia de que el empresario no suministre la información requerida un hecho que permita sospechar la existencia de la discriminación alegada por el trabajador?»

II. CONSECUENCIAS DE LA AJENIDAD Y LA DEPENDENCIA INHERENTES AL CONTRATO DE TRABAJO Y A LA RELACIÓN LABORAL

Cuando se concluye un contrato de trabajo nos encontramos ante un «negocio jurídico bilateral de cambio, en virtud del cual una persona (trabajador) procede voluntariamente a la atribución de la utilidad patrimonial de su trabajo personal (*intuitu personae*) a otra persona (empresario) percibiendo por ello una retribución».⁶ Obediente a semejante concepción, nuestra norma laboral ordi-

⁶ MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho y Trabajo*, Madrid: Cuadernos Civitas, 1997, págs. 22-23; «Es grave la confusión entre regulación jurídica específica del hecho social del trabajo y la aparición histórica de una legislación específica, bautizada como legislación obrera, legislación obrera que no se concibe al margen de la sociedad de clases (...). El derecho del trabajo es así un derecho clasista (...). El derecho del trabajo evoluciona con la realidad social que delimita y es, en tal sentido, una forma social, y en cuanto tal, una entidad histórica. Estudiar el derecho del trabajo fuera del contexto histórico es aceptar de antemano la conclusión errada» afirma DE LA VILLA, L.E.: «En torno al concepto del Derecho Español del Trabajo», en *Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Cincuenta estudios del profesor Luis Enrique de la Villa Gil. Homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria* (PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., coordinadores), Madrid: CEF, 2006, pág. 264.

itaria básica, el Estatuto de los Trabajadores (ET),⁷ aun cuando «no define directamente el contrato de trabajo, nos proporciona las claves para ello»,⁸ al establecer (art. 1.1 ET) que se aplica «a los

⁷ La Ley de 30 de enero de 1900 de accidentes de trabajo constituye un hito de la legislación laboral, precisa DE LA VILLA, L.E.: «La influencia de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 en la construcción del ordenamiento laboral español», en *Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Cincuenta estudios del profesor Luis Enrique de la Villa Gil. Homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria* (PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., coordinadores), Madrid: CEF, 2006, págs. 103; Efectivamente es a partir aproximadamente de 1900 cuando se inicia el desarrollo sistemático de una legislación relativa a la prestación del trabajo y de protección de los trabajadores, que ha permitido referirse (a partir de 1920) a un singular Derecho obrero. Aquella Ley de 30 de enero de 1900 de accidentes de trabajo constituye un «momento original» tanto para el derecho del trabajo como para el derecho de la previsión social. Por el Real Decreto Ley del 23 de agosto de 1926 se aprueba el Código de Trabajo, que, no obstante su denominación, no llegó a constituir una regulación general de la relación de trabajo. La Constitución de 1931, que atribuyó al Estado la competencia en legislación laboral sin perjuicio de su ejecución por las regiones autónomas, establecía que el trabajo era una obligación social, que gozaba de la protección de las leyes, enunciando una amplia legislación protectora del obrero industrial (art. 46), así como de los campesinos y pescadores (art. 47). La abundante y cualificada labor legislativa en materia social de la Segunda República alcanzó su apogeo con la aprobación de la Ley de 21 de noviembre de 1931, del Contrato de Trabajo, que ya era una regulación sistemática y general de la prestación del trabajo por cuenta ajena, deviniendo en la norma básica del Derecho común o general del Trabajo por cuenta ajena. Efectuado, tras los acontecimientos traumáticos culminados en la guerra civil de 1936, un cambio de régimen político orientado en el sentido de los imperantes en los países centroeuropeos, que tuvo una larga vigencia, se llevó a cabo una importante actividad legiferante social, ejemplificada en la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 (el Libro I aprobado el 26 de enero y el Libro II el 31 de marzo de 1944), la Ley de bases de la Seguridad Social, de 28 de diciembre de 1963, y su texto articulado de 21 de abril de 1966, y la Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1976. Con posterioridad, restablecida la normalidad democrática con la aprobación de la Constitución de 1978, se aprueba el Estatuto de los Trabajadores mediante Ley 8/1980, de 10 de marzo, más tarde refundido en un nuevo texto (refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores), aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, norma vigente. No es preciso destacar la ingente labor legislativa social posterior por ser sobradamente conocida.

⁸ SSTSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 15 de julio de 2008 y 21 de abril de 2009; La STC 227/1998, de 26 de noviembre de 1998, se refiere a la «prestación de actividad configurada como relación contractual laboral» y a las «notas de laboralidad»; La prestación de trabajo en los pueblos más primitivos se llevaba a efecto en base a relaciones de jerarquía, parentesco y vecindad, con una cierta división del trabajo. Son las clases guerreras las que, en ocasiones, al imponer su dominio sobre el resto de la población, exigen prestaciones de trabajo, bien que se vislumbren posibles formas de «servidumbre o salariado». En la antigüedad la prestación material del trabajo se llevaba a efecto, generalmente, por los esclavos tanto en el campo como en la ciudad antigua (sin perjuicio del inicio de formas de clientelismo). Por múltiples circunstancias un individuo podía ser esclavo. La guerra aparecía como la primera causa de esclavitud (dominar espacios y someter a otros grupos humanos), a la que seguía el nacimiento. En el trabajo del esclavo, su dueño hacía suyos los resultados del trabajo del esclavo (ajenidad), que no lo presta voluntariamente, sino forzado (circunstancia que permanece inalterada en los grupos sociales que aún practican la esclavitud, desde luego no erradicada en todo el mundo). El tránsito del régimen de esclavitud al de servidumbre supuso la relajación del dominio sobre los seres humanos que adquieren la condición de personas. Fueron múltiples los factores que influyeron en la mitigación del régimen de esclavitud, religiosos (cristianismo), filosóficos (estoicismo) y jurídicos (*ius gentium*). La «*locatio conductio* romana supuso el prototipo de la organización del trabajo subordinado libre» (indica GÓMEZ-IGLESIAS CASAL, A.: *La influencia del Derecho Romano en las modernas relaciones de trabajo*, Madrid: Civitas, 1995, pág. 21). El trabajo por cuenta ajena libre, que se dio en el Derecho romano, admitía «dos formas diferentes: a) prestándolo a quien lo solicita; b) trabajando con los medios propios pero por cuenta de otro. A estas dos fórmulas fundamentales de empleo se (correspondían), aproximadamente, las dos figuras jurídicas tradicionales de la *locatio conductio operarum* y la *locatio conductio operis*» (precisa GÓMEZ-IGLESIAS CASAL, A., *op. cit.*, pág. 43). Ambas constituían instituciones muy próximas, y en ocasiones de muy difícil distinción, mostrándose como variedades del contrato de arrendamiento. En todo caso representaban prestaciones de trabajo libre, voluntario, bien que con importantes diferencias entre quienes prestaban sus servicios a cambio de una «merces» en base a una *locatio conductio operarum* (*mercenarii*), los artesanos, que actuaban mediante una *locatio conductio operis*, y quienes desarrollaban la «artes liberales», que quedaban fuera de las *locatio conductio*. El trabajo servil o en régimen de servidumbre, no libre o forzoso, se generalizó en el medioevo, y se minimizaron las situaciones de esclavitud. En un salto histórico a la ciudad medieval, esta apareció como un centro de tráfico económico y producción especializada, constituyéndose en un ámbito de libertad para sus moradores («el aire de la ciudad hace a los hombres libres»). El subsiguiente mercantilismo constituyó una etapa de ruptura con los postulados éticos y socioeconómicos del medioevo. A esa etapa le siguió la «Revolución Industrial»,

trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario».

De esa «elemental definición se extraen sin dificultad los cuatro caracteres identificativos de esta relación contractual: la personalidad y voluntariedad del trabajo prestado, la dependencia, la ajenidad y la remuneración»,⁹ a las que se añade la exigencia de «continuidad»¹⁰ en la prestación del trabajo. Naturalmente la libertad contractual de empresario y trabajador para concluir el contrato nunca se pierde ni aminora, de la manera que la «voluntariedad ha de presumirse».¹¹

Sus notas características se centran en la «ajenidad» y en la «dependencia», que constituyen «conceptos de un nivel de abstracción bastante elevado, que se pueden manifestar de distinta manera según las actividades y los modos de producción, y que además, aunque sus contornos no coinciden exactamente, guardan entre sí una estrecha relación».¹² Efectivamente la ley sanciona como

expresión que se utiliza, ordinariamente, para designar la primera fase del desarrollo de la industria moderna que tuvo lugar en Inglaterra y en el sur de Escocia en el último tercio del siglo XVIII. Con ella emergió el proletariado industrial y urbano, vinculado directamente a la aparición del *factory system*. Aquella «Revolución» determinó que grandes masas de capital, en parte antes utilizadas, por los mercaderes, para adquirir los objetos realizados en el taller artesanal, o que servían para la adquisición de la materia prima que era enviada a los talleres domésticos para su elaboración (y cuya remuneración servía para atender al precario sustento de los miembros de las familias), se comenzaran a invertir en la creación de grandes establecimientos fabriles y en maquinaria, provocando el desplazamiento hacia las zonas industriales, fábricas y factorías de quienes, salvo alimentos para atender a su subsistencia y escasas mercancías, poco o prácticamente nada antes habían producido. La empresas en esta etapa se van a caracterizar por su notable dimensión, comparada con las unidades de producción de épocas anteriores, y por la introducción de la división del trabajo, gracias a la aparición y eficacia de las nuevas invenciones (maquinismo) que permitieron la separación del proceso productivo en operaciones diferentes y la especialización del trabajador en cada una de las tareas que lo componían. La manufactura se especializa y la factoría florece. La aportación de las ingentes masas de capital necesario se logró mediante la creación de las sociedades por acciones o anónimas (formidable invento sin el que no hubiera sido posible el espectacular desarrollo económico del capitalismo). La creación y destrucción de empleo fueron consecuencias antagónicas, pero asociadas, desde entonces, a un desarrollo económico espectacular.

⁹ SSTSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 15 de julio de 2008 y 21 de abril de 2009.

¹⁰ Indica MONTOYA MELGAR, A., *op. cit. (Derecho y Trabajo)*, pág. 30, que el trabajo objeto del Derecho del Trabajo «además de personal, voluntario, dependiente y por cuenta ajena, ha de ser continuado en el tiempo; al Derecho del Trabajo le preocupa, en efecto, la ordenación de las prestaciones duraderas de trabajo, y le son, en consecuencia, indiferentes los servicios, ocasionales o episódicos, de ejecución instantánea, más aptos para ser objeto de regulación civil o mercantil».

¹¹ STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 17 de febrero de 2010.

¹² SSTS, Sala Cuarta, de 9 de diciembre de 2004; 19 de junio y 7 de noviembre de 2007; 12 de febrero y 6 de noviembre de 2008; 11 de mayo, 7 de octubre y 23 de noviembre de 2009; y 20 de julio de 2010; La STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 14 de abril de 2008, destaca la necesidad de acudir a indicios, concretos, para poder identificar aquellas notas, que unas veces son comunes a la generalidad de las actividades, profesiones o trabajos y, sin embargo, en otras ocasiones, son específicos de algunas de ellas, ejemplarizando semejante afirmación con las siguientes indicaciones: a) Que «los indicios comunes de dependencia más habituales en la doctrina jurisprudencial son seguramente la asistencia al centro de trabajo del empleador y al lugar de trabajo designado por este y el sometimiento a horario; también se utilizan como hechos indicarios de la dependencia, entre otros, el desempeño personal del trabajo (STS 23 de octubre de 1989), compatible en determinados servicios con un régimen excepcional de suplencias o sustituciones (STS 20 de septiembre de 1995), la inserción del trabajador en la organización de trabajo del empleador o empresario, que se encarga de programar su actividad (SSTS de 8 de octubre de 1992 y 22 de abril de 1996), y, reverso del anterior, la ausencia de organización empresarial propia del trabajador», b) Que «indicios comunes de la nota de ajenidad son, entre otros, la entrega o puesta a disposición del empresario por parte del trabajador de los productos elaborados o los servicios rea-

notas características del contrato de trabajo «las de prestación personal de servicios, ajenidad, retribución y dependencia, considerada esta como inserción del trabajador en el ámbito de organización y dirección del empresario»,¹³ y resulta que «de las cinco notas que identifican la relación de trabajo, tres –voluntariedad, personalidad y retribución– son comunes a otras relaciones contractuales de distinta naturaleza jurídica, por el contrario, la ajenidad y dependencia son determinantes y consustanciales al contrato de trabajo, aportando un sesgo diferencial respecto a otras realidades productivas. Y de estas dos notas es la dependencia jurídica la que mayor fuerza de identidad otorga a la relación laboral».¹⁴

Esto es, «la característica de la relación laboral radica en la circunstancia de que una persona realice, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de esta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales perciba una retribución»,¹⁵ y su virtualidad expansiva innegable.¹⁶ De tal manera que «cuando concurren, junto a las notas genéricas de trabajo y retribución, las notas específicas de ajenidad del trabajo y de dependencia en el régimen de ejecución del mismo nos encontramos ante un contrato de trabajo, sometido a la legislación laboral».¹⁷ Un «contrato perfeccionado por el consentimiento y con base en la libertad de obligarse, y configurado como un contrato sinálgmático o de cambio, esto es, con fundamento oneroso para cada una de las partes».¹⁸

lizados (STS 31 de marzo de 1997), la adopción por parte del empresario –no del trabajador– de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o las relaciones con el público, como fijación de precios o tarifas, selección de clientela, indicación de personas a atender (SSTS 15 de abril de 1990 y 29 de diciembre de 1999), el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo (STS 20 de septiembre de 1999), y el cálculo de la retribución o de los principales conceptos de la misma con arreglo a un criterio que marque una cierta proporción con la actividad pactada, sin el riesgo o sin el lucro especial que caracteriza a la actividad del empresario por el ejercicio libre de profesiones (STS 23 de octubre de 1989); Indica la STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 4 de diciembre de 2009, que «en el caso de la dependencia, la Jurisprudencia suele acudir a la idea de "programación" por parte del empresario porque es evidente que existen profesiones que aun enmarcadas en una relación de naturaleza laboral pueden prestarse en régimen de dependencia, pero con cierto grado de autonomía, de manera que la programación a la que aludimos es un indicio, del que resulta la probable naturaleza laboral de la relación», con cita de las SSTS, Sala Cuarta, de 8 de octubre de 1992 y 9 de diciembre de 2004.

¹³ SSTS, Sala Cuarta, de 6 de junio de 1983; 6 de noviembre y 12 de diciembre de 1990; 29 de enero, 23 de abril y 17 de mayo de 1991; 19 de mayo y 11 de noviembre de 1993; 2 de abril de 1996; 31 de marzo de 1997; 23 de noviembre de 2009; y 16 y 29 de julio de 2010.

¹⁴ STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 22 de febrero de 2010.

¹⁵ STJUE de 3 de julio de 1986, asunto 66/85, Lawrie-Blum; de 23 de marzo de 2004, asunto C-138/02, Collins; de 7 de septiembre de 2004, asunto C-456/02, Trojani; y de 3 de mayo de 2012, asunto C-337/10, Georg Neidel y Stadt Frankfurt am Main.

¹⁶ Como precisa la STJUE de 3 de mayo de 2012, asunto C-337/10, Georg Neidel y Stadt Frankfurt am Main, con cita de su Sentencia de 12 de febrero de 1974, asunto 152/73, Sotgiu, «carece de interés determinar si un trabajador presta sus servicios como obrero, empleado o funcionario, así como si su relación laboral está regulada por el Derecho público o privado. Tales calificaciones jurídicas, en efecto, varían según las legislaciones nacionales y, por consiguiente, no pueden aportar un criterio de interpretación adecuado a las exigencias del Derecho de la Unión».

¹⁷ SSTS, Sala Cuarta, de 19 de junio y 10 de julio de 2007, las cuales se refieren a «la presunción establecida en el segundo inciso del artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores, que trae su origen de la antigua Ley de Contrato de Trabajo, en concreto de su artículo 3 (el contrato se supone siempre existente entre todo aquel que da trabajo o utiliza un servicio y el que lo presta aunque no exista estipulación escrita o verbal), si bien la configuración del precepto, o mejor, la finalidad que persigue, no queda reflejada con la precisión que lo hacía la antigua Ley».

¹⁸ MONTOYA MELGAR, A., *op. cit.* (*Derecho y Trabajo*), págs. 22-23.

No son inocuas las consecuencias asociadas a las características «dependencia» y «ajenidad»¹⁹ laborales, suponiendo una determinada y precisa conceptualización de aquellas notas, que diferencian al contrato de trabajo de otras prestaciones de «trabajo por cuenta ajena», no consecuentes a un contrato de trabajo,²⁰ lo cual hace «muchas veces borrosa e indecisa la línea de separación entre el contrato de trabajo y aquellos otros de servicio o de obra, de naturaleza estrictamente mercantil o civil».²¹ Esto es, las notas «de personalidad y voluntariedad y remuneración» constituyen elementos «comunes y compartidos con otros contratos en los que también se produce un acuerdo sobre la prestación de trabajo o servicios y la retribución de los mismos».²² De tal manera que «el trabajo puede ser libre, productivo, por cuenta ajena y dependiente y, sin embargo, no venir disciplinado por el Derecho del Trabajo».

A la concurrencia de esos presupuestos sustantivos, en cada caso ha de sumarse otro elemento de estricto orden adjetivo, consistente en que del derecho positivo de que se trate resulte incluido ese específico modo de prestación material de trabajo en el ámbito normativo o regulatorio laboral o, al menos, no lo excluya, entendiéndose entonces la inclusión tácitamente, como objeto del contrato de trabajo. Esto es, que «todo trabajo libre, productivo, por cuenta ajena y dependiente es «laboral» si no está excluido por el ordenamiento jurídico»²³ de ese ámbito regulatorio o normativo.

La dependencia y la ajenidad son las notas características de la relación de trabajo, que sirven para delimitarlo tanto positiva como negativamente.²⁴ La ajenidad, «implícita en la nota de

¹⁹ SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., *Hacia un Nuevo Derecho del Trabajo: El Derecho de la Actividad profesional*, Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2004, págs. 19 y 23-26.

²⁰ MONTOYA MELGAR, A., *op. cit. (Derecho y Trabajo)*, pág. 24.

²¹ STSJ, Sala de lo Social, de Madrid de 12 de enero de 2010; En el mismo sentido las SSTSJ, Salas de lo Social, del País Vasco de 3 y 21 de diciembre de 2004, 24 de mayo de 2005, 5 de febrero de 2008, 21 de abril, 7 de junio, 14 de julio y 10 de noviembre de 2009, y 2 (dos sentencias) y 23 de febrero de 2010, de Navarra de 5 de junio de 2008 y 16 de febrero, 29 de junio y 4 de diciembre de 2009, de Madrid de 28 de marzo y 16 de mayo de 2007, y de Cantabria de 15 de enero y 16 de septiembre de 2010.

²² STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 21 de abril de 2009.

²³ DE LA VILLA, L.E.: «El trabajador a domicilio», en *Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Cincuenta estudios del Profesor Luis Enrique de la Villa Gil. Homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria* (PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., coordinadores), CEF, Madrid, 2006, pág. 623; «El elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el contrato civil o mercantil de prestación de servicios para una empresa radica en que el trabajo se preste dentro o fuera del ámbito de organización y dirección del empresario (STS, Sala Cuarta, de 8 de octubre de 1992), si en el contrato de arrendamiento de servicios lo característico es la prestación de estos últimos mediante la contrapartida de un precio o remuneración pactada, en el contrato de trabajo se produce, también, ese intercambio de prestación de servicios por pago de un precio, pero a través de las notas específicas de ajenidad y dependencia que son, precisamente, las que permiten su encuadramiento en el ámbito de la legislación laboral (STS, Sala Cuarta, de 7 de noviembre de 2007). En ambos supuestos las partes convienen la realización de unos servicios que constituyen el objeto del contrato a cambio de un precio cierto (...). En el contrato de trabajo, el trabajador utiliza los medios que son propios de la empresa, que ejerce también facultades de control sobre su ejecución, requisito de dependencia (que) se acredita fácilmente cuando el trabajador tiene un puesto en la empresa (...). En los contratos civiles y mercantiles, el personal contratado realiza el servicio con sus propios medios, organizándolo autónomamente, sin que el empresario disponga de facultades de control y dirección del mismo», precisa la STSJ de Andalucía de 14 de septiembre de 2010.

²⁴ Ejemplarmente se lleva a cabo una delimitación negativa en la STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 22 de diciembre de 2009, que se refiere a la actividad «como concejal y como parlamentario», la cual «evidentemente» no es «laboral respecto del partido», al carecer de «cualquier característica propia del contrato de trabajo». Destacando que si bien es

alteridad»,²⁵ se concibe como «la transferencia de los frutos obtenidos al empresario quien asume la obligación de pagar el salario con independencia de los resultados positivos o negativos de la actividad empresarial pues el trabajador presenta igualmente una ajenidad en los riesgos».²⁶ Esto es, «el carácter laboral del vínculo requiere junto a una prestación de servicios a cambio de una contraprestación salarial, la ajenidad, esto es, que los beneficios que reportan tales servicios vayan a parar a una esfera económica diferente y separada de la del trabajador, a la del empresario».²⁷ Siendo consecuente la distinción entre «ajenidad en la disposición sobre el trabajo», «ajenidad en los riesgos» y «ajenidad en los frutos del trabajo».²⁸

La cesión, *ab initio*,²⁹ originaria y por anticipado de los resultados del trabajo por el trabajador al empresario,³⁰ de modo que aquellos resultados del esfuerzo, manual y/o intelectual, del trabajador nunca se integran en su patrimonio, sino que tal y como se van produciendo se incorporan al patrimonio del empresario, ha sido lógicamente cuestionada en la medida en que las prestaciones de servicios, ese resultado del trabajo, beneficia de modo inmediato al consumidor intermedio o final. Objeción que se resuelve con la traslación de la «ajenidad» a la «utilidad patrimonial» del trabajo prestado, de modo que, se dice, «lo que en rigor traslada el trabajador al empresario no son frutos o productos, sino más exactamente, utilidades susceptibles de valoración económica».³¹

La ajenidad ha dejado de ser el elemento distintivo y definitorio del contrato de trabajo, respecto de aquellos otros contratos en los que se actúa un interés de otro (ajeno). Por ello se ha trasladado la característica fundamental delimitadora del contrato de trabajo a la «dependencia», al quedar el trabajador incluido en el ámbito de «organización y dirección» de otro sujeto, el empresario. La «dependencia», «presupuesto del trabajo que disciplina el Derecho del Trabajo»,³² determina «básicamente que el que trabaja bajo este régimen no tiene capacidad para organizar su trabajo, prestándolo bajo las órdenes del empleador, residiendo esta circunstancia en la posición de subordinación del trabajador al empresario que tiene el poder de dirección del trabajo, esto es, de determinar su

cierto que los partidos políticos pueden tener, y tienen trabajadores a su servicio que, «con independencia de su afinidad ideológica con el partido, se hallan sometidos a su régimen organizativo a cambio de una retribución por las tareas que realizan personalmente», sin embargo, precisa, cuando un afiliado a un partido desarrolla una actividad estrictamente política, y por ello devenga cantidades mensuales de la institución en la que desarrolle y actúe en un puesto de elección política (p. ej. concejal o parlamentario), la cual entrega esas cantidades al partido, que a su vez paga a su afiliado representante político (concejal o parlamentario) una cantidad, pero inferior (lucrándose con la diferencia) «porque así lo tenían pactado afiliado-partido, en absoluto estamos ante una relación laboral».

²⁵ DE LA VILLA, L.E., *op. cit.* (*El trabajador a domicilio*), pág. 616.

²⁶ STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 15 de julio de 2008.

²⁷ STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 14 de abril de 2010.

²⁸ MONTOYA MELGAR, A., *op. cit.* (*Derecho y Trabajo*), pág. 24.

²⁹ SSTS, Sala de lo Social, de Navarra, de 14 de abril y 1 de diciembre de 2008, y STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 17 de junio de 2008.

³⁰ SSTS, Sala Cuarta, de 29 de octubre de 1990, 29 de enero de 1991 y 16 de marzo de 1992.

³¹ MONTOYA MELGAR, A., *op. cit.* (*Derecho y Trabajo*), págs. 27-28; «Lo esencial de la ajenidad es que el trabajador se desentienda—por la cesión inicial de los frutos de su trabajo—del resultado favorable o adverso; bien entendido que la traslación del riesgo que se opera es simplemente en su aspecto económico, y nunca en su aspecto laboral, pues todo trabajador afronta el riesgo que deriva de su propio trabajo», indica DE LA VILLA, L.E., *op. cit.* (*El trabajador a domicilio*), pág. 616.

³² DE LA VILLA, L.E., *op. cit.* (*El trabajador a domicilio*), pág. 617.

contenido, su cualidad y el resultado pretendido».³³ Pero con la amplitud y/o flexibilidad característica del «estado de la ciencia y del técnica», y de los conocimientos y habilidades personales de quienes presta su trabajo, propias de la época que nos ha tocado vivir. De tal manera que «el carácter laboral del vínculo no queda desmentido por la amplitud del grado de autonomía de que disponga el trabajador para ejecutar su prestación».³⁴

Consecuentemente la «dependencia» se ubica en el núcleo de las tendencias reductoras y expansivas de los límites subjetivos del contrato de trabajo.³⁵ La dependencia «caracteriza esencialmente al contrato de trabajo», por ello el trabajador se encuentra sujeto a la esfera organizativo-rectora y disciplinaria del empresario,³⁶ atribuyéndose a su ausencia «consecuencias eliminadoras de la laboralidad»,³⁷ al extremo de que la circunstancia de que el trabajador responda «del buen fin» no es elemento suficiente para excluir o incluir la relación en el contrato de trabajo existiendo «la necesidad de encontrar otro dato de diferenciación, que la Ley lo establece atendiendo al criterio de la dependencia».³⁸

La prestación del trabajador constituye una obligación personal de actividad, que se lleva a cabo bajo la dirección del empresario, que dispone el contenido general y concreto de la prestación del trabajo de cada trabajador, sin que obste a ello que ese contenido general y sus posibles modificaciones esté prefigurado legalmente, y su contenido concreto así como sus alteraciones delimitado contractualmente, en una medida compatible con el logro del interés del empresario en conseguir la mejor realización de la prestación contratada. Por ello en el artículo 1.1 del ET «parece latir un concepto jurídico indeterminado y dinámico de dependencia, flexible, cambiante, conscientemente ambiguo, susceptible de dar acogida a las nuevas modalidades de trabajo dependiente que surgen al compás de la propia evolución del contexto social y económico, permitiendo su reelaboración constante, adecuando la aplicación de la norma a los cambios de la sociedad».³⁹

³³ STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 21 de abril de 2009.

³⁴ SSTS, Sala Cuarta, de 10 de noviembre de 1983 y 20 de septiembre de 1984; SSTSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 15 de julio de 2008 y 21 de abril de 2009.

³⁵ MONTROYA MELGAR, A.: «Tendencias actuales sobre el ámbito personal del Derecho del trabajo», *AARAJL*, núm. 36, 2006, págs. 65 y ss., que precisa en pág. 88, «desde luego, y como balance general, en esa combinación de tendencias reductoras y expansivas, estas últimas predominan, confirmando con ello la función protectora que caracteriza al Derecho del Trabajo desde sus orígenes. Por añadidura, la reducciones producidas, todas ellas, a favor del Derecho Mercantil (administradores con cargo de alta dirección, agentes mercantiles, transportistas con vehículo propio) no dejan de presentar difíciles problemas de delimitación y frontera de este sector del Derecho y el del Trabajo»; También SAGARDOY BENGOCHEA, J. A., *op. cit.* (*Hacia un Nuevo Derecho del Trabajo: El Derecho de la Actividad profesional*), especialmente págs. 17-18.

³⁶ STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 5 de febrero de 2008.

³⁷ SSTSJ, Salas de lo Social, de Madrid de 16 de mayo de 2007 y de Cantabria de 15 de enero de 2010.

³⁸ SSTSJ, Salas de lo Social, de Madrid de 16 de mayo de 2007, de Cataluña de 5 de febrero de 2010.

³⁹ STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 22 de febrero de 2010, que precisa que la redacción del artículo 1.1 del ET de 1980 ya se apartó «de la LCT 1931, LCT 1944 y LRL 1976, las cuales no concretaron el concepto de dependencia»; También la STSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, de 25 de noviembre de 2009; Paradigmática al respecto es la referencia a los trabajos de mediación, respecto de los cuales afirma la STSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, de 25 de noviembre de 2009, que si el empresario «no se inmiscuye en el modo de organizar la labor mediadora, estaremos ante un contrato de agencia, como modalidad de arrendamiento de servicios no laborales; si se entromete en organizar su trabajo, no habrá ya contrato de agencia por faltar la independencia precisa al efecto, sino

De tal manera que, bien la titularidad *ab initio*⁴⁰ del resultado de la prestación del trabajo bien la atribución por el trabajador de las utilidades del trabajo y recepción por el empresario, «quedaría incompleta si no se acompañara de la atribución paralela del poder de ordenar la prestación del trabajo al preciso fin que el empresario destine». ⁴¹ La razón de semejante atribución de poder sobre determinadas personas físicas, los trabajadores, es meramente funcional y encuentra su razón de ser en la institución misma de la empresa. ⁴² En los tiempos actuales en que el empresario es una perso-

contrato de trabajo»; El trasvase de relaciones contractuales entre el ámbito del Derecho del Trabajo y el ámbito del Derecho Mercantil es continuo, respondiendo a sinergias contrapuestas, y consecuente con el sino de los tiempos, reduciéndose en ocasiones el ámbito personal del primero porque no es «aplicable a todos los supuestos en que existe una prestación de servicios por salario, dentro de determinado marco, una presunción de laboralidad», indica la STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 21 de abril de 2009, o ampliándose aquel ámbito, así se ha extendido a prestaciones de servicios tradicionalmente excluidas como «actividad de alterne», SSTs de 3 de marzo de 1981, 25 de febrero de 1984, 14 de mayo 1985, 21 de octubre de 1987, 4 de febrero de 1988, cuya doctrina resume la STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 1 de siembre de 2008 (que reitera las de 15 de octubre, de 2003, 28 de mayo de 2004, 13 y 29 de diciembre de 2004, 30 de junio de 2005 y 14 de abril de 2008, del mismo Tribunal y Sala), según la cual, «la actividad de alterne genera unos rendimientos económicos, previa la organización de capital y trabajo, que deben estar sometidos a las condiciones tributarias y laborales que protegen a los trabajadores y disciplina los presupuestos mercantiles de toda actividad económica»; Indica la STSJ de Castilla y León de 15 de mayo de 2010, «residentes las trabajadoras en el propio club prestaban servicios como camareras de alterne con sujeción a un horario o jornada laboral y percibiendo una retribución consistente en una participación en el precio de las consumiciones efectuadas por los clientes, es decir, prestaban servicios en los términos dichos en el ámbito de organización y dirección del empleador que se lucraba con dichos servicios y los retribuía con una participación en los beneficios obtenidos (art. 1.1 y 8.1 del ET)»; En el fondo de todo ello está que «el Derecho del Trabajo tiende a convertirse en un Derecho de la actividad profesional, que regule todas las prestaciones de servicios por cuenta ajena, se lleven a cabo de forma independiente o autónoma», dice SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., *op. cit.* (*Hacia un Nuevo Derecho del Trabajo: El Derecho de la Actividad profesional*), pág. 29; Consecuentemente «los elementos diferenciales que se articulan en torno a la distinción entre relación laboral de carácter especial y el contrato de agencia se concretan, con mayor o menor intensidad, en la nota de la independencia que caracteriza la prestación de servicios del agente, frente a la dependencia propia del trabajo ejecutado por el representante de comercio», indica la STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 16 de febrero de 2009. Independencia que caracteriza tanto al contrato de arrendamiento de servicios civil como al de agencia mercantil frente al contrato de trabajo, precisa la STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 23 de febrero de 2010; «La diferencia entre el contrato de trabajo y el arrendamiento de servicios no laboral radica en que, en este segundo caso, el contratante asume dar el servicio, mientras que en el primero solo asume dar su trabajo», indica la STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 9 de diciembre de 2008.

⁴⁰ «Es esencial al contrato la ajenidad ("por cuenta ajena"), es decir, que los frutos del trabajo se transfieran *ab initio* al empresario por el hecho del contrato y este asume la obligación de pagar un salario con independencia de la obtención de beneficios, de manera que la posibilidad de beneficios o pérdidas se imputan solo al empresario, existiendo para el trabajador una ajenidad en los riesgos», indican las SSTSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 30 de junio de 2005 y 1 de diciembre de 2008.

⁴¹ MONTOYA MELGAR, A., *op. cit.* (*Derecho y Trabajo*), pág. 28; «Los servicios, para que sean laborales, han de ser prestados dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona que los retribuye, bastando con que el trabajador se halle comprendido en el círculo rector y disciplinario del empresario, sin que para ello sea preciso que esté sometido a jornada laboral predeterminada, ni a horario fijo, ni a exclusividad en su tarea», indican las SSTSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 30 de junio de 2005 y 1 de diciembre de 2008.

⁴² En relación con el concepto de «empresa» en el Derecho Laboral, ALONSO OLEA, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, (6.ª edición), Madrid: Civitas, 2002, alude, en págs. 524-526, a «una asociación de dominación» o «estructura autoritaria»; También *vid.* ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.ª E.: *Derecho del Trabajo*, (26.ª edición), Civitas, Madrid 2009, págs. 282-286; MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, Madrid: Tecnos, 2009, págs. 222-223; La STSJ de Extremadura, Sala de lo Social, de 28 de mayo de 1998, precisa que la «empresa», en cuanto que realidad socioeconómica es objeto de las diferentes ramas del Derecho, cada una de las cuales atiende a aspectos diferentes «sin perjuicio de mantener un núcleo esencial de identidad»; Sobre la delimitación general y un concepto amplio de empresa, así como sobre el cambio de paradigma empresarial, OLCENSE SANTOJA, A.: *El capitalismo humanista*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons, 2009, especialmente págs. 30-36; Acerca del

na jurídica, o bien ostentan esa posición contractual varias personas jurídicas que «fragmentan» la posición empresarial⁴³ (empresario principal, contratistas, y subcontratistas, ejemplarmente), o un «grupo» de personas jurídicas formalmente (pero solo formalmente) independientes⁴⁴ (empresa «policorporativa»),⁴⁵ se requiere de la coordinación, la colaboración e incluso de la comprensión de multitud de otras personas jurídicas o físicas (otros empresarios, consumidores, y trabajadores), para que se pueda llevar a cabo la actividad de empresa. La explicación a semejante diferenciación del poder del empresario respecto de los trabajadores y de los colaboradores ajenos a la empresa se ubica en que los consumidores, finales o intermedios, son «externos»⁴⁶ a la organización-empresa, y los empresarios colaboradores además pueden ser competidores, y sin embargo los trabajadores «son empresa», y la empresa es organización que demanda ordenación.

Efectivamente, «la esencia de la relación jurídica de trabajo se sitúa conjuntamente en la atribución al empresario de la utilidad patrimonial del trabajo y del poder de disponer de este trabajo». Pero por qué se atribuyen precisamente al empresario, por qué no se residencian esos poderes en los trabajadores, en otro órgano o instancia de la empresa, por qué no se revisa en este punto la teoría de la empresa,⁴⁷ pues porque se vinculan al derecho de propiedad⁴⁸ en cuanto que

concepto de empresa en el Derecho Mercantil, *vid.* GIRÓN TENA, J.: «Apuntes de Derecho Mercantil», t. I (*La Empresa*), Madrid, 1983-1984, págs. 48-49 y 57-59; GONDRA, J.M., *Derecho Mercantil*, v. I, Madrid: Facultad de Derecho-Universidad Complutense de Madrid, v. I, 1992, págs. 126-142; SUÁREZ-LLANOS, L.: *Introducción al Derecho Mercantil*, Madrid: Civitas, 1998, págs. 138-148; ESPINA, D.: *La empresa en el Derecho Mercantil*, Barcelona: Ateler, 2006; SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, v. I, (34.ª edición) Navarra: Aranzadi-Thomson Reuters, 2011, págs. 99-110.

⁴³ Me remito a mi trabajo «La "fragmentación de la posición empresarial" en la relación de trabajo. (Comentario a las SSTC, Pleno, 75/2010, de 19 de octubre de 2010, recurso de amparo 3567-2006, y 76/2020, de 19 de octubre de 2010, recurso de amparo 2568-2006)», publicado en esta Revista, núm. 337, abril 2011, págs. 131-174.

⁴⁴ Sobre los grupos *vid.* SACRISTÁN REPRESA, M.: «Derecho Económico y Derecho Mercantil», en *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al profesor Justino Duque Domínguez*, vol. I, Valladolid: Universidad de Valladolid-Caja Duero, 1998, págs. 65 y ss.; También MONTOYA MELGAR, A.: «Sobre Derecho y Trabajo en la obra de Manuel Alonso Olea», en *Liber Amicorum. Economía, Empresa y Trabajo. Homenaje a Manuel Alonso Olea*, Madrid: Thomsom-Civitas, 2003, págs. 13 y ss.; Me remiro a mis trabajos «Los grupos de empresas como empresarios», y «Grupos de sociedades mercantiles y transmisiones de empresas», publicados en esta Revista, núm. 122, mayo 1993, págs. 121-130, y núm. 334, enero 2011, págs. 159-206.

⁴⁵ SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *op. cit.* (*Instituciones de Derecho Mercantil*), pág. 851.

⁴⁶ *Id.* MENÉNDEZ, A.: «Auxiliares del empresario», en *Liber Amicorum. Economía, Empresa y Trabajo. Homenaje a Manuel Alonso Olea*, Madrid: Thomsom-Civitas, 2003, págs. 195 y ss.

⁴⁷ GÓMEZ-IGLESIAS CASAL, A., *op. cit.* (La influencia del Derecho Romano en las modernas relaciones de trabajo), págs. 81, 82 y 83, sigue a Álvaro D'ORS, quien «propugna una revisión de la empresa, que se base en un orden laboral no conflictivo y que debería apoyarse en un nuevo orden jurídico. Tal nuevo orden debe pasar por una superación de la actual configuración de la empresa (...) el trabajador sigue siendo objeto de arrendamiento, pues produce unos "frutos" (...). En primer lugar, el inversionista debe considerarse como un mero prestamista, no como socio (...) la empresa debe configurar sus relaciones con los trabajadores, no por medio de un contrato de trabajo, sino con un contrato de sociedad (...). Tales proposiciones (...) vienen a propugnar el abandono del "arrendamiento" de los servicios de trabajador a favor de la constitución de un contrato de sociedad, dentro de la nueva concepción de la empresa».

⁴⁸ La idea misma de la propiedad ha sufrido una notable evolución con «la implantación del Estado social (que) supuso encauzar el derecho de propiedad por nuevos derroteros que alteraron su estructura, objeto, titularidad y contenido, hasta el punto de fundar una nueva libertad, en la que (...) el elemento "social" relegaba los componentes "individualistas" del derecho de propiedad», indica FERNÁNDEZ SARASOLA, I.: «El derecho de propiedad en la historia constitucional española», en *Propiedad e Historia del Derecho*, Madrid, 2005, pág. 99; Sobre la propiedad PIPES, R.: *Propiedad y libertad. Dos conceptos inseparables a lo largo de la historia*, Madrid: Turner-Fondo de Cultura Económica

elemento fundamental y definidor de la libertad y de los sistemas democráticos (sistemas de economía capitalista).⁴⁹ En el capitalismo evolucionado al sistema de economía social de mercado,⁵⁰ la institución de la propiedad ocupa un lugar central. Por eso «en el fondo de todo contrato de

mica, 2002; El Tribunal Constitucional en su Sentencia 281/2005, de 7 de noviembre de 2005, efectúa una reflexión general sobre el sentido de la propiedad a la altura de los tiempos actuales y, específicamente, del alcance de las facultades del empresario y de los derechos de los trabajadores sobre los medios de producción, indicando que «la Constitución no ha recogido una concepción abstracta del derecho de propiedad como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien u objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general. Y ello hasta el extremo de que, no solo la utilidad individual, sino también la función social, definen inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes». De ahí, continúa afirmando la meritada resolución de la justicia constitucional, «que se venga reconociendo con general aceptación doctrinal y jurisprudencial la flexibilidad o plasticidad actual del dominio, que se manifiesta en la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recae», entre ellos los que componen las «empresas» desde el punto de vista jurídico-objetivo, conformándose el estatuto de la «propiedad empresarial», en relación con la cual, indica aquella sentencia, «el margen de libertad de que goza el empresario en el marco de la economía liberal se ha reducido por razón de la protección de intereses colectivos de diversa índole (...) la progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso o aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer ha producido una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diversos», estableciendo el derecho de utilización por los trabajadores de una determinada propiedad empresarial creada con un fin productivo. El último paso en materia de relativización de la «propiedad con propietario» y participación de los trabajadores en la propiedad empresarial ha de referirse a la denominada «implicación» de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea (SE).

⁴⁹ SOTELO, I.: *El Estado social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive*, Madrid: Editorial Trotta, 2010, pág. 117. En la misma página, en nota 2 del capítulo I (El Estado: Soberanía, libertad, Derecho), incluida en la sección o epígrafe 5 (Estado de derecho y Estado democrático), da un concepto de capitalismo, cuya primera parte es sintética y la segunda analítica, al tenor de la primera parte «por capitalismo se entiende un sistema de producción en el que actúan dos sectores sociales, los propietarios de los medios de producción, que dirigen el proceso productivo, y los que venden la fuerza de trabajo a cambio de un salario. Dos sectores que el mercado vincula en un proceso productivo que ya no tiene como objetivo cubrir las necesidades de subsistencia, siempre limitadas, sino obtener un beneficio que, en cuanto tal, no conoce límites (principio de la acumulación indefinida)»; Indica MARTÍNEZ-SICLUNA y SEPÚLVEDA, C.: «Proudhon y las instituciones revolucionarias del 89», *AARAJL*, núm. 20, 1989, pág. 330 y 331, que, en opinión de Proudhon, que en este punto se jactaba de haberse adelantado a Marx, «el análisis socio-económico nos ha mostrado que el acaparamiento de los beneficios por parte del propietario capitalista constituye el hecho fundamental de la sociedad económica y provoca un antagonismo entre capital y trabajo»; Sobre Proudhon y su posición sobre la propiedad, cuya existencia consideraba inevitable pero de la que abominaba, GALBRAITH, J.K.: *Historia de la Economía*, Barcelona: Ariel, 1991, págs. 112-114.

⁵⁰ Indica GALBRAITH, J.K.: *La economía del fraude inocente-La verdad de nuestro tiempo*, Barcelona: Crítica, 2004, pág. 14, «cuando el capitalismo, el referente histórico, dejó de ser aceptable, el sistema fue rebautizado. El nuevo nombre resultó satisfactorio pero carecía de significado», y más adelante, sobre el sistema de economía de mercado, en págs. 18-19, dice lo siguiente, «no hay duda alguna sobre qué fue lo que motivó el cambio. El capitalismo surgió en Europa en la época mercantil con la manufactura, compra, venta y transporte de bienes y prestación de servicios. Después aparecieron los industriales, dotados del poder y prestigio otorgados por la propiedad directa o indirecta, y los trabajadores, víctimas de su indudable debilidad negociadora. La opresión fue el resultado de la ausencia de alternativas al trabajo duro y con frecuencia penoso (...). En Europa la palabra "capitalismo" afirmaba de modo demasiado estridente el poder de la propiedad y la magnitud de la opresión y sometimiento de los trabajadores (...). En Estados Unidos el término tenía connotaciones diferentes, pero igualmente negativas (...). A finales del siglo XIX, no eran solo los trabajadores estadounidenses quienes albergaban una actitud hostil hacia el capitalismo, sino también el público en general, que se sentía en gran medida afectado por él (...). Lo que siguió fue una decidida búsqueda de un nombre alternativo que fuera satisfactorio (...). Fue así como se llegó finalmente a "sistema de mercado", una designación más o menos culta que carecía de una historia adversa; De hecho una expresión que carecía por completo de historia», afirmando, en pág. 24, que «hablar de un sistema de mercado (...) carece de sentido; es una fórmula errónea, insípida, complaciente».

trabajo existe, por definición, una dualidad de posiciones: la posición del trabajo y la posición del capital»⁵¹.

Efectivamente, «lo característico del contrato de trabajo contemplado históricamente no es la relación de subordinación o dependencia del trabajo sino su limitación paulatina»,⁵² pero no, ni podía pretenderse, su eliminación pues supondría la desaparición del modelo de relaciones industriales emergentes de la Revolución Industrial. Afirmación y filosofía inmanente que ha sido acogida por la jurisprudencia constitucional cuando afirma que «desde sus orígenes, la legislación sobre el contrato de trabajo viene siendo una legislación limitativa del poder empresarial que a causa de ella dejó de ser absoluto; y limitativa asimismo de la "lealtad absoluta" del trabajador».⁵³

La regulación antigua de la prestación del trabajo, *pari passu* contrato de trabajo, cuenta «con una historia milenaria que arranca, cuando menos en nuestra cultura, de la *locatio operarum* romana»⁵⁴ y su regulación actual enlaza con la contenida en el Código de Comercio sobre factores, dependientes y mancebos, y con el arrendamiento de servicios del Código Civil. Actualmente el régimen jurídico del trabajo asalariado por cuenta ajena presupone o tiene como presupuesto fáctico a regular la misma hipótesis prestacional de trabajo que la del llevado a cabo en las manufacturas, ya en tiempos del capitalismo comercial,⁵⁵ de tal manera que nuestro derecho positivo (Real Decreto Legislativo 1/1995) no se separa del paradigma histórico capitalista.⁵⁶ Esto es, puede seguirse manteniendo, dada su regulación jurídico-positiva, que «el contrato de trabajo, en su más radical sustancia, no es sino el instrumento de la consagración jurídica de tal desigualdad socioeconómica: el contrato de trabajo formaliza, en efecto, la situación de poder económico y personal del empresario, haciéndolo a este titular de la utilidad patrimonial y de la disposición del trabajo»,⁵⁷ pero también es cierto que la modera, sirviendo al desarrollo social mediante la «limitación de la subordinación o dependencia del trabajo»⁵⁸ y el incremento de la responsabilidad del empresario.⁵⁹

⁵¹ MONTOTOY MELGAR, A., *op. cit.* (*Derecho y Trabajo*), pág. 41.

⁵² ALONSO OLEA, M.: «Las raíces del contrato de trabajo», *AARAJL*, núm. 21, 1989, pág. 415.

⁵³ STC 192/2003, de 17 de octubre.

⁵⁴ ALONSO OLEA, M., *op. cit.* (*Las raíces del contrato de trabajo*), pág. 399; Acerca de la prestación del trabajo a lo largo de la historia, especialmente durante el periodo consecuente a la Revolución Industrial, ALONSO OLEA, M., *op. cit.* (*Introducción al Derecho del Trabajo*).

⁵⁵ SOTELO, I., *op. cit.* (*El Estado social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive*), págs. 342, 346 y 350

⁵⁶ «En el Derecho del Trabajo, como en cualquier otra forma social, hay partes que no pueden alterarse sin trastocar sustancialmente su naturaleza, y otras que permiten una mutación cuando las circunstancias lo aconsejan. Hay que considerar partes e instituciones inmodificables todas aquellas que pudieran significar, alteradas que fueran, la ruptura del equilibrio de intereses que el Derecho del Trabajo ha asegurado históricamente», dice DE LA VILLA, L.E., «Función del Derecho del Trabajo en la situación económica y social contemporánea», en *Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Cincuenta estudios del profesor Luis Enrique de la Villa Gil. Homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria* (PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., coordinadores), CEF, Madrid, 2006, pág. 385.

⁵⁷ MONTOTOY MELGAR, A., *op. cit.* (*Derecho y Trabajo*), pág. 41.

⁵⁸ ALONSO OLEA, M., *op. cit.* (*Las raíces del contrato de trabajo*), pág. 415.

⁵⁹ Para una visión económica del trabajo y su problemática teórica y práctica desde el s. XVII hasta la actualidad, GALLEGU, E.: *Historia breve del mercado de trabajo*, Madrid: Ecobook, 2009.

III. LAS POSICIONES RELATIVAS DEL EMPRESARIO Y DEL TRABAJADOR EN EL CONTRATO DE TRABAJO: EL EMPRESARIO/EMPLEADOR Y EL TRABAJADOR

El enraizamiento del contrato de trabajo en la *locatio conductio* romana, supuso la exclusión de la compraventa del trabajador/esclavo y una llamada al arrendamiento del trabajo del hombre libre/liberto. Inequívocamente «el origen de las relaciones laborales está en la cesión de los esclavos por su dueño. Precisamente por esto, por comenzar consistiendo en la cesión temporal a un tercero de una cosa propiedad –el esclavo–, es por lo que es posible explicar por qué tanto el Derecho romano como las legislaciones modernas configuraron el contrato de trabajo como un arrendamiento y no como una compraventa».⁶⁰

En el Derecho romano las locaciones, *locatio conductio operarum* y *locatio conductio operis*, se referían «siempre al trabajo subordinado, siendo la compraventa la forma jurídica de dar salida al trabajo autónomo e independiente»,⁶¹ emergiendo de la mano de la *locatio conductio operarum* el *mercenarius*, que puede concebirse en sentido amplio o estricto, pareciendo que con tal expresión se hacía referencia solo a quienes desempeñaban un oficio o una actividad a cambio de un precio. En todo caso, con semejante expresión, se estaba «haciendo alusión a una persona libre».⁶²

En el Código Civil «arrendamiento de servicios y arrendamiento de obras participan de la misma causa, a saber, la utilidad que para el arrendador adquirente tienen los frutos del trabajo humano, se paguen los frutos directamente en la locación de obra o se pague el trabajo invertido en su ejecución en la de servicios».⁶³ Pero existe una diferencia sustancial entre ambas locaciones, explicativas de por qué solo una de ellas es antecedente del contrato de trabajo, y no se debe buscar la diferencia en el modo de retribuir sino en cómo se distribuyen los riesgos asociados a la prestación del trabajo mismo.⁶⁴

Por todo ello «en el Código Civil, pese a las apariencias, lo que hoy llamamos contrato de trabajo,⁶⁵ y en él se llama arrendamiento de servicios, aparece perfectamente individualizado y separado del arrendamiento de cosas; y del arrendamiento de obras, o del contrato de obra por ajuste o precio alzado».⁶⁶ Además «la configuración de las obligaciones y prestaciones del contrato de arrendamiento de servicios regulado en el Código Civil, no es incompatible con la del contrato de trabajo propiamente dicho al haberse desplazado su regulación, por evolución legislativa, del referido Código a la legislación laboral actualmente vigente».⁶⁷

⁶⁰ GÓMEZ-IGLESIAS CASAL, A., *op. cit.* (*La influencia del Derecho Romano en las modernas relaciones de trabajo*), pág. 40.

⁶¹ GÓMEZ-IGLESIAS CASAL, A., *op. cit.* (*La influencia del Derecho Romano en las modernas relaciones de trabajo*), pág. 47.

⁶² GÓMEZ-IGLESIAS CASAL, A., *op. cit.* (*La influencia del Derecho Romano en las modernas relaciones de trabajo*), pág. 49.

⁶³ ALONSO OLEA, M., *op. cit.* (*Las raíces del contrato de trabajo*), pág. 400.

⁶⁴ Véase nota anterior.

⁶⁵ MONTOYA MELGAR, A., *op. cit.* (*Derecho y Trabajo*), págs. 30-31.

⁶⁶ ALONSO OLEA, M., *op. cit.* (*Las raíces del contrato de trabajo*), pág. 401.

⁶⁷ STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 9 de diciembre de 2008, que precisa como en «el contrato de arrendamiento de servicios el esquema de la relación contractual es un genérico intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo con la contrapartida de un "precio" o remuneración de servicios; En el contrato de trabajo dicho esquema o causa objeti-

La configuración del contrato de trabajo determina necesariamente que el trabajador haya de ser una persona física, lo que no acontece respecto del empresario, que podrá ser una persona física o jurídica, una entidad, personificada o no (organización). La admisibilidad sin restricciones de las sociedades capitalistas unipersonales, como sistema de delimitación del paradigma de la responsabilidad patrimonial universal,⁶⁸ determina que los empresarios generalmente asuman dichas formas y solo excepcionalmente otras formas societarias, y que únicamente de manera marginal, sin relevancia socioeconómica alguna, sean personas físicas.

El trabajador presta materialmente sus servicios, pero no puede reconducirse a los servicios que presta, de ahí que no pueda «sustituirse» él mismo por otra persona, ni pueda «confundirse» con otros trabajadores ni «fragmentarse». Ni él ni la posición que ocupa en el contrato de trabajo son «sustituibles», «fungibles» ni «fragmentables». Empero como en el empresario, en ningún caso, se da ese arraigo personal, característico del trabajador, puede ser objeto de los fenómenos laborales conocidos como «sucesión de empresa» y «fragmentación de la posición empresarial»,⁶⁹ y mercantiles de «fusión» y «escisión».

El empresario y el trabajador son las únicas partes del contrato de trabajo.⁷⁰ La importancia relativa de esos elementos en la determinación misma de la existencia de aquel negocio jurídico se evidencia cuando se advierte que «empresario» es sinónimo de «empleador», y que no se desmiente por la afirmación, generalmente aceptada, de que el concepto nuclear en el Derecho del Trabajo es el de trabajador, siendo el de empresario traslativo y derivado de su posición respecto de un trabajador, careciendo, en ese ámbito normativo concreto, de sustantividad propia, por más que sean conceptos que se retroalimentan.⁷¹

Por ello existe contrato de trabajo «allí donde haya una prestación de servicios realizada en forma personal, voluntaria, remunerada, por cuenta de otro y dentro de su ámbito de organización y dirección»,⁷² y su objeto consista en la prestación de servicios retribuidos, en libertad, presuponiendo su carácter consensual con concurrencia de oferta y aceptación libres (arts. 1.254, 1.258 y 1.262 CC). Consecuentemente:

va del tipo contractual es una especie del género anterior que consiste en el intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo dependiente por cuenta ajena a cambio de retribución garantizada».

⁶⁸ Directiva 2009/102/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009 en materia de derecho de sociedades, relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de socio único (versión codificada), y por la que se deroga la Directiva 89/667/CEE, de 21 de diciembre de 1989. Nuestro ordenamiento se adaptó, ya en su día, a las precitadas directivas, estando contenida su actual regulación en el capítulo III, artículos 12-17, del Real Decreto Legislativo 1/2010, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

⁶⁹ Me remito a mi trabajo «La "fragmentación de la posición empresarial" en la relación de trabajo. (Comentario a las SSTC, Pleno, 75/2010, de 19 de octubre de 2010, recurso de amparo 3567-2006, y 76/2020, de 19 de octubre de 2010, recurso de amparo 2568-2006)», publicado en esta Revista, núm. 337, abril 2011, págs. 131-174.

⁷⁰ Insiste en la expansividad del Derecho del Trabajo MONTÓYA MELGAR, A., *op. cit.* (*Derecho y Trabajo*), pág. 32, del mismo autor, *op. cit.* (*Tendencia actuales sobre el ámbito personal de Derecho del Trabajo*), págs. 63 y ss., especialmente págs. 88-89; En sentido sutilmente diferente SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., *op. cit.* (*Hacia un Nuevo Derecho del Trabajo: El Derecho de la Actividad profesional*), págs. 39-48.

⁷¹ DE LA VILLA, L.E., *op. cit.* (*En torno al concepto del Derecho Español del Trabajo*), pág. 271.

⁷² STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 9 de diciembre de 2008.

- Por una parte el trabajador consiente en trabajar «para otro», asumiendo una deuda de actividad, que no de resultado, deviniendo obligado a un quehacer personal, lo que lleva a caracterizar al contrato de trabajo como celebrado *intuitu personae*, por ello el trabajador no puede, de *motu proprio*, sustituirse sin necesidad de contar con el asentimiento del empresario, salvo supuestos esporádicos y marginales.
- Por otra parte el objeto de la obligación primordial del empresario es la retribución salarial, (comprensiva de «la totalidad de las prestaciones económicas, en dinero o en especie» pactadas), que deriva directa e inmediatamente de la prestación de los servicios, siendo independiente de los beneficios que la prestación de servicios por el trabajador reporte al empresario, quedando así marcada la sinalagmaticidad del contrato de trabajo.⁷³

El enraizamiento del contrato de trabajo en la *locatio conductio operarum*⁷⁴ obliga a diferenciar entre este y el contrato de arrendamiento de servicios, afirmándose la inexistencia del contrato de trabajo cuando el empresario se limita a concertar la prestación del servicio, «no inmiscuyéndose en el modo en que va a hacerlo quien se obliga a prestarlo».⁷⁵ Es el empresario y no el trabajador, el que pone los medios precisos para el desempeño y realización del trabajo, «siendo también él quien se encarga de dirigir y controlar la labor de las personas que materialmente acometen la labor, así como quien asume el riesgo si fallan los medios de que se ha dispuesto para realizar la obligación asumida».⁷⁶

De tal manera que «la diferencia entre el contrato de trabajo y el arrendamiento de servicios no laboral radica en que, en este segundo caso, el contratante asume dar el servicio, mientras que en el primero solo asume dar su trabajo. Por eso, es aquel (y no este) quien ha de encargarse de organizarlo y de poner los medios personales y materiales para cumplir con la obligación convenida, asumiendo el riesgo de que estos fallen, sin que pueda inmiscuirse en esos terrenos el arrendador, ya que al hacerlo, está aportando el elemento que transforma el arrendamiento de servicios no laboral en un contrato de trabajo».⁷⁷ Lo cual no impide afirmar que «si la empresa es socialmente una clara situación de poder, si la relación de trabajo expresa, en definitiva, el sometimiento de un hombre a otro (en términos del art. 1 ET, la inserción en el círculo organizativo, rector y disciplinario del empresario), obligado a realizar una determinada conducta, esta supremacía fáctica y jurídica no puede extenderse hasta el punto de ser un obstáculo a la efectividad de los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce a los trabajadores, impidiendo el más mínimo diálogo».⁷⁸

Porque es reconocida la «libertad de empresa no solo como un derecho *ad extra* referido exclusivamente al tráfico jurídico y económico sino, también, como una expectativa a ostentar una titula-

⁷³ STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 20 de junio de 2005.

⁷⁴ Sobre la exclusión de la ejecución de obra del Derecho del Trabajo SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., *op. cit.* (*Hacia un Nuevo Derecho del Trabajo: El Derecho de la Actividad profesional*), págs. 29-39.

⁷⁵ STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Sala de lo Social, de 9 de diciembre de 2008.

⁷⁶ STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Sala de lo Social, de 9 de diciembre de 2008.

⁷⁷ STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 9 de diciembre de 2008.

⁷⁸ STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 9 de mayo de 2007.

ridad de poder de autoorganización y decisión empresarial a partir del momento en que se configuren relaciones laborales en un ámbito empresarial; resulta que un aspecto fundamental en la configuración de los poderes empresariales es la finalidad que se trata de satisfacer con su ejercicio». ⁷⁹ Basado el poder de dirección del empresario en la libertad económica como «corolario» del derecho de propiedad, se determina una relación de jerarquía por completo ajena a cualquier «razón organizativa», resultando «una idea en definitiva que trata de poner de relieve cómo la estructura jerárquica autoritaria de la empresa atribuye necesariamente el poder directivo a quien es titular de ella, pero no tanto en cuanto cabeza visible de una organización cualquiera, sino en tanto forma organizativa única –la jerárquica– para el mantenimiento y funcionamiento de toda la estructura productiva, la cual se apoya sobre la libre empresa». ⁸⁰

La empresa puede ser concebida «como un ámbito en donde se ejercen unos poderes empresariales que inciden en el desarrollo de la relación laboral», que son «configuradores de un poder más amplio denominable poder empresarial organizacional», y el trabajador «como vinculado meramente a un contrato de trabajo o a un sistema económico». ⁸¹ Semejante concepción es trascendente. Determina que si bien el contrato de trabajo no puede considerarse como un título legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano, que no pierde su condición de tal por insertarse en el ámbito de una organización privada, ⁸² su inserción en la organización empresarial modula el posible ejercicio de aquellos derechos, bien que solo en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva, reflejo, a su vez, de derechos que han recibido consagración en el texto de nuestra norma fundamental (arts. 38 y 33 CE). ⁸³ De tal modo surge un «condicionamiento» o «límite adicional» al ejercicio de los derechos fundamentales por los trabajadores, ⁸⁴ que se deriva del principio de buena fe entre las partes en el contrato de trabajo y al que estas han de ajustar su comportamiento mutuo. ⁸⁵

La jurisprudencia constitucional siempre ha matizado el alcance de aquellos condicionamientos o límites deducidos de la vigencia de una relación laboral, afirmando: a) Que los equilibrios y limitaciones recíprocas que se derivan para ambas partes del contrato de trabajo supone que también las facultades organizativas empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador, quedando obligado el empleador a respetar aquellos; ⁸⁶ b) Que la limitación de los

⁷⁹ LUQUE PARRA, M.: *Los límites jurídicos a los poderes empresariales en la relación laboral*, José María Bosch Editor, Barcelona 1999, pág. 89.

⁸⁰ ROMÁN DE LA TORRE, M.^a D.: *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Valladolid: Ediciones Grapheus, S.L., 1992, pág. 83, que precisa, en pág. 82, «y si la perspectiva contractual se ensancha y completa al atraer a sí los argumentos organizativos como explicación de la razón de ser del poder directivo empresarial, no ocurre menos cuando la argumentación utilizada es la económica».

⁸¹ LUQUE PARRA, M., *op. cit.* (*Los límites jurídicos a los poderes empresariales en la relación laboral*), pág. 88.

⁸² STC 88/1985, de 6 de junio.

⁸³ Constitución española de 1978.

⁸⁴ SSTC 73/1982, de 2 de diciembre; 120/1983, de 15 de diciembre; 19/1985, de 13 de febrero; 170/1987, de 30 de octubre; 6/1988, de 20 de enero; 129/1989, de 17 de julio; 126/1990, de 5 de julio y 99/1994, de 11 de abril.

⁸⁵ SSTC 120/1983, de 15 de diciembre; 88/1985, de 19 de julio y 6/1995, de 16 de enero.

⁸⁶ STC 292/1993, de 18 de octubre.

derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores por el ejercicio de facultades empresariales solo puede derivar: i) Del hecho de que la propia naturaleza del trabajo contratado implique la restricción del derecho;⁸⁷ ii) De una acreditada necesidad o interés empresarial, sin que sea suficiente su mera invocación para sacrificar el derecho fundamental o libertad pública del trabajador.⁸⁸

IV. LA VIRTUALIDAD JURÍDICA DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LAS RELACIONES *INTER PRIVATOS*

El principio jurídico de igualdad se desenvuelve en un doble plano, el constitucional y el de la legalidad ordinaria. Su consideración es unitaria, sin que pueda efectuarse una contraposición inicial entre «igualdad formal» e «igualdad real», constituyendo una y otra meros aspectos teóricos del «principio de igualdad». Su formulación inicial en el plano jurídico fue como «igualdad ante la ley», constituyendo uno de los «derechos inalienables», obra del iusnaturalismo, definidos en la Declaración de Virginia de 1776, y después en la Declaración de Derechos francesa de 1789, artículo 6, según el cual la ley debía ser la misma para todos, tanto si castigaba como si protegía. Con más precisión se incluyó en la Declaración de Saint-Ouen, de 2 de mayo de 1814, y en el preámbulo de la Carta otorgada de 4 de junio de 1814. En España habrá de esperarse al artículo 5 de la Constitución de 1837 para ver consagrado aquel principio nivelatorio, que se mantendrá en los posteriores textos constitucionales de 1845, 1869, 1876 y 1931. En todo caso y desde entonces, «se presenta bajo dos aspectos funcionales. En primer lugar, es un principio de expresión constitucional, pero también constituye un principio general del Derecho».⁸⁹

Incluso formaba parte de la «religión civil» de Rousseau, según el cual en todas las formas históricas de convivencia se había dado el abuso de los poderosos sobre los débiles, y abominando del régimen aristocrático y de las desigualdades, afirmaba que «los hombres deben ser tratados igualmente por el Derecho respecto de aquello que es esencialmente igual para todos, a saber la dignidad personal, y en los corolarios de esta, es decir, en los derechos fundamentales o esenciales que todo ser humano debe tener, (...) discriminar (...) en cuanto a las facilidades y oportunidades de ascenso a un empleo, (entraña) gravísima violación de derechos fundamentales del hombre».⁹⁰

⁸⁷ SSTC 99/1994, de 11 de abril, y 106/1996, de 16 de junio.

⁸⁸ SSTC 99/1994, de 11 de abril; 6/1995, de 16 de enero, y 136/1996 de 23 de julio de 1996.

⁸⁹ GÁLVEZ, J.: «Artículo 14», en *Comentarios a la Constitución Española* (GARRIDO FALLA, F. y otros), Madrid: Editorial Civitas, 1980, pág. 182.

⁹⁰ RECASENS SICHES, L., *op. cit.* (*Tratado General de Filosofía del Derecho*), págs. 590 y 592, que afirma en pág. 194 que «la diferencia esencial de sentido que media entre la Moral y el Derecho no implica, en manera alguna, que el Derecho quede vaciado de orientación ética. Por el contrario hay que subrayar que el Derecho, que es una obra humana, la objetividad de una especial forma de existencia colectiva, se orienta esencialmente hacia unos valores (...), esos valores pueden resultar cumplidos en unas concretas normas jurídico positivas, o, por el contrario, hallar en estas solo realización parcial, o no conseguir su encarnación en ellas. El contenido o las exigencias de esos valores no pueden entrar dentro de la definición esencial o lógica del Derecho, sencillamente porque conocemos el Derecho logrado, es decir, justo, Derecho menos justo y Derecho frustrado o injusto; y en todos ellos hallamos las notas formales de juridicidad».

Es cierto que la Constitución «no es la Biblia»,⁹¹ pero «la Constitución no solo es una norma, sino precisamente la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, Lex superior».⁹² Conforme con esa perspectiva la jurisprudencia constitucional ha procurado una interpretación general de aquel principio.⁹³ El artículo 14 de la CE establece que «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social», y el artículo 9 de la CE que «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la (...) igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social», pero de ello no puede inferirse una pretendida dualidad, sino que el contenido del artículo 9 de la CE no es algo diferente del principio establecido en el artículo 14 de la CE, sino que constituye una matización o desarrollo del mismo.

Efectivamente, para advertir el carácter esencial de aquella unidad conceptual basta con efectuar un breve recordatorio acerca del mandato constitucional que ordena respetar en todas las relaciones jurídicas el principio general de igualdad. La doctrina constitucional⁹⁴ advierte y diferencia en la regulación contenida en el artículo 14 de la CE⁹⁵ una perspectiva positiva y otra negativa, que no se contraponen sino que se complementan.

Porque «el sentido de justicia tiene un componente congénito y de origen evolutivo»,⁹⁶ la igualdad jurídica tiene raigambre filosófica, al extremo de haberse llegado a reconducir la idea o concepto del «Derecho» a la idea o concepto de «lo igual».⁹⁷ A semejantes consideraciones ha de añadirse que siendo el «ius» o el «derecho» (*tho dikaion*, o *quod iustum est*)⁹⁸ una construcción intelectual de la cultura occidental, no puede dudarse de su impronta racional, que determinó su construcción desde su inicial concepción como una entidad ajustada a las «leyes de la lógica y la

⁹¹ Esta expresión ha sido utilizada con profusión por una cierta corriente de opinión política proclive al «uso alternativo del derecho», *vid.* al respecto la portada y págs. 2-3 del diario *Público* de 6 de diciembre de 2008.

⁹² GARCÍA DE ENTERRIA, E.: «La constitución como norma jurídica», en *La Constitución española de 1978*. Estudio sistemático dirigido por los profs. A. PREDIERI y E. GARCÍA DE ENTERRIA, Madrid: Civitas, 1981, pág. 106.

⁹³ En términos generales, la STC 39/2002, de 14 de febrero, indica que la jurisprudencia constitucional «bien con carácter general en relación con el listado de los motivos o razones de discriminación expresamente prohibidos por el artículo 14 CE, bien en relación con alguno de ellos en particular, ha venido declarando la ilegitimidad constitucional de los tratamientos diferenciados respecto de los que operan como factores determinantes o no aparecen fundados más que en los concretos motivos o razones de discriminación que dicho precepto prohíbe, al tratarse de características expresamente excluidas como causas de discriminación por el artículo 14 CE». Respecto al listado del artículo 14 de la CE, *vid.* SSTC 83/1984, de 8 de febrero, 20/1991, de 31 de enero, y 176/1993, de 27 de mayo.

⁹⁴ SSTC 200/2001 de 4 de octubre; 119/2002, de 20 de mayo, y 164/2002, de 17 de septiembre.

⁹⁵ SSTC 22/1981, de 2 de julio; 3/1983, de 25 de enero; 6/1984, de 24 de enero; 209/1987, de 22 de diciembre; 209/1988, de 10 de diciembre; 76/1990, de 26 de abril; 20/1991, de 31 de enero; 110/1993, de 25 de marzo; 177/1993, de 31 de mayo; 214/1994, de 14 de julio; 117/1998, de 2 de junio; 46/1999, de 22 de marzo; 200/2001, de 4 de octubre; 200/1999, de 8 de noviembre; 212/2001, de 29 de octubre; 111/2001, de 7 de mayo; 39/2002, de 14 de febrero, y 103/2002 de 6 de mayo.

⁹⁶ MOSTERIN J.: *La cultura de la libertad*, Madrid: Espasa, 2008, pág. 36.

⁹⁷ *Vid.* HERVADA, J.: *Lecciones propedéuticas de filosofía del Derecho*, (4.ª edición), Navarra: Eunsa, 2008, págs. 209-224.

⁹⁸ *Vid.* VALLET DE GYTYSOLO, J.B.: *Definiciones de la palabra derecho y los múltiples conceptos del mismo*, Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1998.

razón».⁹⁹ Al «pensamiento» es esencial aquel discurso racional, al extremo de que si no hay no existe propiamente actividad «pensante», habrá otra cosa, eso es innegable, pero no «pensamiento», porque «pensar y razón son tan solo dos aspectos de una sola actividad, pero como aspectos son formalmente distintos: se piensa según razón, y se entiende en la razón pensante».¹⁰⁰

Esto es «la actividad de entender es lo que formalmente llamamos pensar (...), el pensar no es una actividad espontánea, y «un predicado relativo que tiene máxima importancia en lógica es la palabra "idéntico" o "igual"»,¹⁰¹ dado que «por su carácter formalmente intelectual el pensar constituye la razón. Razón es el carácter intelectual del pensar».¹⁰² ¡La lógica está en el pensamiento!¹⁰³ Además «la lógica es en realidad una "ética del pensamiento"»,¹⁰⁴ no es simplemente la «física del pensamiento», puesto que «no nos dice cómo razonamos, sino cómo debemos razonar».¹⁰⁵

En el plano de la realidad social la igualdad jurídica inició su andadura más característica en relación con la titularidad y el ejercicio del poder político,¹⁰⁶ lo cual ha determinado una desmesurada influencia en el mismo de aspectos ideológicos, con merma del rigor de su formulación lógica.¹⁰⁷ Por ello no sin razón se afirma que «el conocimiento jurídico es un conocimiento mágico (en el sentido antropológico de la palabra) en cuanto que está por encima de la realidad y pone a esta a su servicio

⁹⁹ «La filosofía está escrita en el gran libro que está siempre abierto ante nuestros ojos (me refiero al universo) pero que no podemos comprender sino aprendemos en primer lugar su lenguaje y comprendemos los caracteres en los que está escrito. Está escrito en el lenguaje de la matemática», afirmaba Galileo en la dedicatoria de *El ensayista*, según recoge LIVIO, M.: *¿Es Dios un matemático?*, Barcelona: Ariel, 2011, págs. 74-75; Sobre la necesidad de lenguajes formalizados, vid. RAYO, A.: «Formalización y lenguaje ordinario», en *Filosofía de la lógica*, t. 27 de la Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Madrid: CSIC, 2004, págs. 17-41.

¹⁰⁰ Afirma ZUBIRI, X.: *Inteligencia y razón*, Madrid: Alianza, 1983, pág. 39.

¹⁰¹ GARCÍA TREVIANO, C.: *El arte de la lógica*, Madrid: Tecnos, 2008, pág. 144.

¹⁰² Afirma ZUBIRI, X., *op. cit.* (*Inteligencia y razón*) pág. 107, que añade «pensar es entender la realidad allende el campo, en profundidad (...), la razón es una intelección determinada por las cosas reales campales (...), como el momento intelectual del pensar es la razón, resulta entonces que este modo de entender, la razón, es algo impuesto por la realidad misma (...), conocimiento es lo que formalmente constituye la intelección racional (...), lo que se quiere conocer es algo ya campalmente entendido. Y lo que queremos entender es su realidad profunda (...), en el método matemático hay, pues, un doble momento, el momento de la verdad necesaria, y el momento de la aprehensión de realidad, (...), todos los razonamientos penden de algo anterior al razonamiento mismo, penden de la postulación del contenido de realidad. El método es vía en la realidad postulada, una vía orientada según el rigor lógico (...), el objeto del saber es la realidad (que) es una forma de la realidad de lo sentido».

¹⁰³ GUEDJ, D., en su obra *El teorema del loro. Novela para aprender matemáticas*, Barcelona: Anagrama, 2000, pág. 75, desarrolla el siguiente diálogo:

- «¿Sabe que se ha olvidado de la LÓ-GI-CA? –inquirió Perrette.
- En absoluto –dijo Ruche con aplomo–; no la he olvidado. La lógica forma parte de la filosofía; Aristóteles, su fundador, era un filósofo, no un matemático, que yo sepa.
- Si no hay lógica en matemáticas, me pregunto dónde la hay.
- ¡En el pensamiento, Perrette!».

¹⁰⁴ KWAME ANTOHONY APPIAH: *Experimentos de ética*, Buenos Aires-Madrid: Katz Editores, 2010, pág. 69.

¹⁰⁵ Véase nota anterior.

¹⁰⁶ Una panorámica general puede verse en HERNÁNDEZ GIL, A.: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, (2.ª edición), v. II, Madrid: Gráficas Ugina, 1971, págs. 121-196.

¹⁰⁷ Con alguna excepción señera como la «teoría empiriocrítica» debida a LOIS ESTÉVEZ, J., que desarrolla en su obra *Nueva versión sobre el Derecho*, Santiago de Compostela: Imprenta Paredes, 1977, especialmente págs. 34-35.

sin límites físicos ni metafísicos»,¹⁰⁸ reconduciéndose a la idea de «imparcialidad» o «juego limpio, reglas de juego bien definidas e iguales para todos, sin privilegios ni discriminaciones».¹⁰⁹

La jurisprudencia constitucional reconoce la raigambre racional al Derecho, pero la modera en aras de un positivismo jurídico desmesurado, en el que los componentes irracionales asoman constantemente, al afirmar que «es imposible construir el Derecho como un sistema lógico puro».¹¹⁰ Para destacar lo desajustado de esa posición de la jurisprudencia constitucional basta con advertir el lugar central de la igualdad/identidad en el discurso racional. De tal manera que igualdad (jurídica) / identidad (jurídica)¹¹¹ inexorablemente cumple la «ley de indiscernibilidad de los idénticos, según la cual todo lo que se puede predicar de una cosa se puede predicar de lo que se identifique con ella».¹¹²

El principio de igualdad, según se indica en la Explicación sobre la Carta de los Derechos Fundamentales,¹¹³ «corresponde a un principio general de Derecho que figura inscrito en todas las constituciones europeas y que el Tribunal de Justicia consideró un principio fundamental del Dere-

¹⁰⁸ NIETO GARCÍA, A.: *Limitaciones al conocimiento jurídico*, Lección jubilar, Madrid: Servicio de Publicaciones-UCM, 2001, pág. 67, que añade: «El jurista crea la realidad, una realidad específica que llamamos realidad jurídica y en esta operación no tiene límites ni limitaciones (...). No es un azar que los Derechos primitivos estuvieran en manos primero de magos y luego de sacerdotes (ni que ahora los jueces y abogados, y hasta hace poco los profesores, actúen como ropones simbólicos). Los magos, los sacerdotes y los juristas poseen la asombrosa facultad de sacar a los seres humanos de su modesto y cotidiano mundo de la naturaleza y trasladarlos a un mundo mágico donde viven los fantasmas de los conceptos jurídicos que son el objeto del conocimiento jurídico. Con las fórmulas mágicas de la brujería legal los hechiceros de siempre hacen y deshacen relaciones sociales, absuelven y condenan con razones que para los no iniciados resultan incomprensibles y salvan o humillan, según toque, a la justicia».

¹⁰⁹ MOSTERÍN J., *op. cit.* (*La cultura de la libertad*), págs. 35-37.

¹¹⁰ STC 164/2002, de 17 de septiembre, que reitera en SSTC 186/2002, de 14 de octubre; 224/2003, de 15 de diciembre; 29/2005, de 14 de febrero, y 247/2006, de 24 de julio. También se manifiesta el Tribunal Constitucional sobre la dimensión lógica del Derecho y del razonamiento judicial en las SSTC 147/1999, de 4 de agosto; 25/2000, de 31 de enero; 87/2000, de 27 de marzo; 82/2001, de 26 de marzo; 221/2001, de 31 de octubre; 55/2003, de 24 de marzo; 213/2003, de 1 de diciembre; 163/2004, de 4 de octubre; 154/2006, de 22 de mayo; 163/2006, de 22 de mayo; 181/2006, de 19 de julio; 243/2006, de 24 de julio; 248/2006, de 24 de julio; 41/2007, de 26 de febrero; 42/2007, de 26 de febrero; 59/2008, de 14 de mayo, y 128/2010, de 29 de noviembre.

¹¹¹ «La identidad es una idea tan simple y fundamental que es muy costosa de explicar de otra manera que recurriendo a sinónimos suyos. Decir que X e Y son idénticos es decir que son la misma cosa. Todo es idéntico a sí mismo, y no lo es respecto de cualquier otra cosa. Pero a pesar de su simplicidad, la identidad invita a la confusión», indica QUINE, W.V.: *Los métodos de la lógica*, Barcelona: Ariel, 1981, pág. 287; La igualdad (jurídica)/identidad (jurídica) también puede manifestarse mediante el signo igual que se utiliza con seguridad, a partir de la presentación por RECORDE R., en su obra *The whetstone of writte* en 1557, como «=», y que con anterioridad tuvo otras formas como «||».

¹¹² GARCÍA TREVIJANO, C., *op. cit.* (*El arte de la lógica*), pág. 144; Sobre lógica clásica de primer orden con identidad FALGUERA LÓPEZ, J.L. y MARTÍNEZ VIDAL, C.: *Lógica Clásica de Primer Orden. Estrategias de deducción, formalización y evaluación semántica*, Madrid: Trotta, 1999, págs. 377 y ss.; Acerca de la «verdad lógica» y las lógicas no clásicas, PEÑA, L.: *Introducción a las lógicas no clásicas*, Universidad Autónoma de México, 1993, en el primer aspecto págs. 17-21, y en el segundo la obra en general; En relación con las lógicas deónticas, BULYGIN, E.: «Lógica Deóntica», en *Lógica (ALCHOURRÓN, C.E., editor.)*, Madrid: Trotta, 1995, págs. 129 y ss.; AUSÍN, T.: *Entre lógica y Derecho. Paradojas y conflictos normativos*, México-Barcelona: Plaza y Valdés Editores, 2006; RODRÍGUEZ, J.L.: *Lógica de los sistemas jurídicos*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002; ALCHOURRÓN, C.E.: «Fundamentos filosóficos de la lógica deóntica y la lógica de los condicionales derrotables», en *Fundamentos para una teoría general de los deberes*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons, 2010, págs. 77 y ss.; MENDIOCA, D.: *Compendio de una teoría analítica del Derecho. Alchourron y Bulygin en sus textos*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons, 2011, págs. 61 y ss.

¹¹³ DOUE, serie C, núm. 303, de 14 de diciembre de 2007, págs. 6 y ss.

cho comunitario». ¹¹⁴ La no discriminación «se inspira en el artículo 13 del Tratado CE, sustituido ahora por el artículo 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en el artículo 14 del CEDH y en el artículo 11 del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina, referente al patrimonio genético. En la medida en que coincide con el artículo 14 del CEDH, se aplica de acuerdo con este». ¹¹⁵

El artículo 14 de la CE «contiene en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad (...) como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas». ¹¹⁶

Esto es, «los condicionamientos y límites que, en virtud del principio de igualdad, pesan sobre el legislador se cifran en una triple exigencia, pues las diferenciaciones normativas habrán de mostrar, en primer lugar, un fin discernible y legítimo, tendrán que articularse, además, en términos no inconsistentes con tal finalidad y deberán, por último, no incurrir en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir a los diferentes grupos y categorías derechos, obligaciones o cualesquiera otras situaciones jurídicas subjetivas». ¹¹⁷ De tal manera que el artículo 14 de la Constitución:

¹¹⁴ SSTJCE de 13 de noviembre de 1984, Racke, asunto 283/83; 17 de abril de 1997, asunto C-15/95, EARL; y 13 de abril de 2000, asunto C-292/97, Karlsson.

¹¹⁵ Según se indica en la misma «explicación sobre la Carta de los Derechos Fundamentales», «no existe contradicción ni incompatibilidad entre el apartado 1 y el artículo 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que tiene objetivos y alcance diferentes: el artículo 19 confiere competencias a la Unión para adoptar actos legislativos, incluida la armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, con el fin de combatir determinadas formas de discriminación que se especifican de forma exhaustiva en el citado artículo. Dicha legislación podría cubrir la acción de las autoridades de los Estados miembros (así como las relaciones entre los particulares) en cualquier ámbito dentro de los límites de las competencias de la Unión. Las disposiciones del apartado 1 del artículo 21 no confieren, sin embargo, competencias para adoptar leyes con el fin de combatir formas de discriminación en ámbitos de acción de los Estados miembros o en la esfera privada, ni constituyen una prohibición generalizada de la discriminación en dichos ámbitos. Se refieren solamente a las discriminaciones por parte de las instituciones y órganos de la Unión en el ejercicio de las competencias que les confieren los Tratados, y por parte de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión solamente. Por consiguiente, el apartado 1 no modifica el alcance de las competencias conferidas por el artículo 19 ni la interpretación de dicho artículo».

¹¹⁶ SSTC 200/2001, de 4 de octubre; 119/2002, de 20 de mayo; 9/2010, de 27 de abril; 22/2010, de 27 de abril, y 52/2010, de 4 de octubre, precisando que «el principio de igualdad no solo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida».

¹¹⁷ SSTC 75/1983, de 3 de agosto; 128/1987, de 16 de julio; 166/1988, de 26 de septiembre; 145/1991, de 1 de julio; 155/1998, de 13 de julio; 222/1992, de 11 de diciembre; 180/2001, de 17 de septiembre; 200/2001, de 4 de octubre; 39/2002, de 14 de febrero; 214/2006, de 3 de julio; 3/2007, de 15 de enero; 233/2007, de 5 de noviembre, y 59/2008, de 14 de mayo de 2008, las cuales precisan que el artículo 14 de la CE «acoge dos contenidos diferenciados: el principio de igualdad y las prohibiciones de discriminación», y respecto de este último aspecto indican que «la virtualidad del artículo 14 CE no se agota, sin embargo, en la cláusula general de igualdad con la que se inicia su contenido, sino que a continuación el precepto constitucional se refiere a la prohibición de una serie de motivos o razones concretos de discriminación. Esta referencia expresa a tales motivos o razones de discriminación no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de

- Proscribe «las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados», siendo «necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos».¹¹⁸
- «No implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el artículo 14 CE, sino tan solo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello», puesto que, «como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable».¹¹⁹

El traslado del mandato constitucional igualitario «en o ante la ley» a las relaciones entre sujetos privados se ha llevado a efecto mediante la institución conocida como «mittelbare Drittwirkung» o «efecto horizontal indirecto», pues «en lo que se refiere a la delimitación de los respectivos ámbitos de derechos, el efecto horizontal indirecto puede diferir del efecto horizontal directo en la forma; sin embargo, en lo esencial no hay ninguna diferencia».¹²⁰ La operatividad de la cláusula general de igualdad en ese ámbito *inter privatos*¹²¹ («drittwirkung der Grundrechte» o «state action»), se reconoce primero en Alemania (Nipperdey) y solo tardíamente se recoge por nuestra jurisprudencia constitucional, que la mantiene en el ámbito de los idearios políticos del iluminismo, del enciclopedismo y de las revoluciones burguesas del XVIII (norteamericana y francesa), matizada por las ideologías

discriminación, pero sí representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no solo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1 CE».

¹¹⁸ SSTC 22/1981, de 2 de julio; 49/1982, de 14 de julio; 2/1983, de 24 de enero; 23/1984, de 20 de febrero; 209/1987, de 22 de diciembre; 209/1988, de 10 de noviembre; 20/1991, de 31 de enero; 110/1993, de 25 de marzo; 176/1993, de 27 de mayo; 340/1993, de 16 de noviembre; 117/1998, de 2 de junio; 101/2001, de 28 de octubre; 27/2006, de 30 de enero; 54/2006, de 27 de febrero; 31/2008, de 25 de febrero, y 160/2008 de 2 de diciembre.

¹¹⁹ STC 22/1981, de 2 de julio.

¹²⁰ Indica el Abogado General Sr. Poiães Maduro, en su conclusión 40, de las presentadas el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05, International Transport Workers' Federation y Finnish Seamen's Union contra Viking Line ABP y OÜ Viking Line Eesti, resuelto por STJUE de 11 de diciembre de 2007, habiendo precisado en su conclusión 39, que «una forma común de conferir fuerza normativa a los derechos constitucionales en las relaciones horizontales es considerarlos vinculantes para el juez a la hora de resolver un asunto entre particulares. Ya sea al interpretar una cláusula contractual, al pronunciarse en una reclamación por daños y perjuicios o al resolver una solicitud de medidas cautelares, el órgano jurisdiccional, como órgano del Estado, está obligado a dictar una sentencia que respete los derechos constitucionales de las partes. La delimitación de los derechos individuales de esta forma se conoce como "mittelbare Drittwirkung", o "efecto horizontal indirecto". El resultado es que las normas constitucionales dirigidas al Estado se transforman en normas jurídicas que se aplican entre particulares, ilustrando que "el gobierno es el tercero en todo litigio entre particulares y lo es a través de la propia Ley y del juez que la aplica"».

¹²¹ *Vid.* sobre el tema MARTÍNEZ ROCAMORA, L.G.: «Decisiones empresariales y principio de igualdad», Barcelona: Cedecs Editorial, 1998, págs. 101 y ss.

subyacentes a los movimientos sociales del XIX, de ahí que aquella aplicación resulte, a la postre, imperfecta y limitada, al contraponerse, impropia y desacertadamente, a la libertad individual y a su corolario, la autonomía contractual (autonomía privada o de la voluntad).

No obstante el escaso reflejo que el «mittelbare Drittwirkung» ha tenido en nuestro ordenamiento jurídico (fundamentalmente concretado en la Ley 62/2003, de 30 de diciembre),¹²² del mismo puede inferirse: a) Que el principio de igualdad y no discriminación es aplicable, con toda intensidad y amplitud, «a todas las personas, tanto en el sector público como en el sector privado» (art. 27.2 Ley 62/2003). En principio en los ámbitos en que es aplicable, pero que nada impide su aplicación analógica (*a pari, a simili, o a fortiori*) a otros ámbitos sin que pueda utilizarse el argumento «a contrario» por impedirlo el artículo 14 de la Constitución; b) Que aquella regulación (Ley 62/2003) concreta la aplicación del principio de igualdad y no discriminación en el ámbito de las prestaciones y servicios sociales, del empleo y de la relación de trabajo, en los que, entre otros, se proyecta, ampliando su ámbito e imprimiéndole una mayor eficacia que la que venía atribuyéndole la jurisprudencia constitucional.

Nuestra jurisprudencia constitucional solo ocasionalmente se ha ocupado de la operatividad o pertinencia del principio de igualdad en esas relaciones *inter privatos*, precisando que la igualdad de trato debe ser observada únicamente en el ejercicio de potestades atribuidas a los particulares por la ley o cuando detentan una posición de dominio o relevante,¹²³ por el menor alcance que atribuye a la protección del derecho a la igualdad «en casos en los que juegue abiertamente el principio de autonomía de la voluntad».¹²⁴ De tal manera que aquella jurisprudencia constitucional¹²⁵ viene afirmando lo siguiente:

- «El artículo 14 CE no impone en el ámbito de las relaciones laborales una igualdad de trato en sentido absoluto, pues la eficacia en este ámbito del principio de la autonomía de la voluntad deja un margen en el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario, en ejercicio de sus poderes de organización de la empresa.»

¹²² En sus artículos 27 a 43 se ocupa de la aplicación del principio de igualdad en «educación, la sanidad, las prestaciones y los servicios sociales, la vivienda y, en general, la oferta y el acceso a cualesquiera bienes y servicios».

¹²³ Por ello puede cuestionarse la afirmación de la Abogada General, Sra. Verica Trstenjak, efectuada en la conclusión 129.2 de las presentadas el 30 de junio de 2009, en el asunto C-101/08, resuelto por STJUE de 15 de octubre de 2009, según la cual «en todo caso, un principio general de igualdad de los accionistas solo sería de aplicación en la relación entre una sociedad y sus accionistas»; La aplicación del principio de igualdad en las relaciones, *inter privatos*, de naturaleza laboral, ha sido con relativa frecuencia planteada ante el Tribunal Constitucional, el cual ha indicado en su STC 39/2003, de 27 de febrero, recogiendo la doctrina sentada en las SSTC 34/1984, de 9 de marzo; 2/1998, de 12 de enero; 74/1998, de 31 de marzo, y 119/2002, de 20 de mayo; 39/2003, de 27 de febrero, y 34/2004, de 8 de marzo, que «el artículo 14 CE no impone en el ámbito de las relaciones laborales una igualdad de trato en sentido absoluto, pues la eficacia en este ámbito del principio de la autonomía de la voluntad deja un margen en el que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario, en ejercicio de sus poderes de organización de la empresa, puede libremente disponer la retribución del trabajador, respetando los mínimos legales o convencionales. En la medida, pues, en que la diferencia salarial no tenga un significado discriminatorio, por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución o el estatuto de los trabajadores, no puede considerarse como vulneradora del principio de igualdad».

¹²⁴ *Vid.* RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, A.: «El principio de igualdad de los accionistas y exclusión del derecho de suscripción preferente», *RDM*, núm. 24, octubre-diciembre 2009, págs. 1.481-1.482.

¹²⁵ STC 39/2003, de 27 de febrero (recogiendo la doctrina sentada en las SSTC 34/1984, de 9 de marzo; 2/1998, de 12 de enero; 74/1998, de 31 de marzo, y 119/2002, de 20 de mayo; 39/2003, de 27 de febrero, y 34/2004, de 8 de marzo),

- «El menor alcance de la protección del derecho fundamental (al tratamiento igual) en casos en los que juegue abiertamente el principio de autonomía de la voluntad, a falta de un principio jurídico del que derive la necesidad de igualdad de trato entre los desigualmente tratados.»¹²⁶
- «La autonomía colectiva no es absoluta. A su través no cabe concertar diferencias carentes de una justificación objetiva y razonable entre situaciones que pueden considerarse iguales.»¹²⁷
- «Son fuertes las limitaciones que impone (a la autonomía de la voluntad/libertad contractual) el Derecho del trabajo, por virtud entre otros factores precisamente del principio de igualdad, pero no desaparece (esa autonomía de la voluntad/libertad contractual), dejando sin margen el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario en ejercicio de sus poderes de organización de la empresa (...) respetando los mínimos legales o convencionales.»¹²⁸

En el ámbito jurídico privado tampoco se conculca el derecho fundamental a la igualdad, según la misma jurisprudencia constitucional, si la disparidad de tratamiento pasa el «test de razonabilidad», de tal manera que resulte objetivamente justificada, superando el pertinente juicio de proporcionalidad sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida, no pudiendo operar con valor diferenciador, cualquier circunstancia imaginable, pero siendo imaginables, al mismo tiempo, circunstancias diferenciadoras.

Las exigencias del principio de igualdad abarcan naturalmente a las normas colectivas (convenios colectivos). Efectivamente, «a diferencia de lo que ocurre en otros países de nuestro entorno el convenio colectivo, al menos en la más importante de sus manifestaciones, alcanza una relevancia cuasipública, no solo porque se negocia por entes o sujetos dotados de representación institucional y a los que la ley encarga específicamente esa función, sino también porque una vez negociado adquiere eficacia normativa, se incardina en el sistema de fuentes del Derecho y se impone a las relaciones de trabajo incluidas en su ámbito sin precisarse el auxilio de técnicas de contractualización ni necesitar el complemento de voluntades individuales. El convenio colectivo, en suma, en cuanto tiene valor normativo y se inscribe en el sistema de fuentes, ha de someterse a las normas de mayor rango jerárquico y ha de respetar el cuadro de derechos fundamentales acogidos en nuestra Constitución y, en concreto, las exigencias indeclinables del derecho a la igualdad y a la no discriminación, sin que ello suponga que toda distinción dentro del convenio sea per se contraria al principio de igualdad».¹²⁹

No obstante por constituir el convenio colectivo manifestación de la autonomía colectiva, se matiza el alcance que su contenido debe observar del principio y derecho al tratamiento igual. De tal manera que «en el convenio colectivo, aunque han de respetarse las exigencias indeclinables del

¹²⁶ STC 34/1984, de 9 de marzo.

¹²⁷ STC 119/2002, de 20 de mayo.

¹²⁸ Véase nota anterior.

¹²⁹ SSTC 177/1988, de 10 de octubre; 119/2002, de 20 de mayo, y 27/2004, de 4 de marzo.

derecho a la igualdad y la no discriminación, estas no pueden tener el mismo alcance que en otros contextos, pues en el ámbito de las relaciones privadas, en las que el convenio se incardina, los derechos fundamentales, entre ellos el de igualdad, han de aplicarse matizadamente, haciéndolos compatibles con otros valores que tienen origen en el principio de autonomía de la voluntad». ¹³⁰ Bien entendido que «ni la autonomía colectiva puede, a través del producto normativo que de ella resulta, establecer un régimen diferenciado en las condiciones de trabajo, sin justificación objetiva y sin la proporcionalidad que la medida diversificadora debe poseer para resultar conforme al artículo 14 de la CE, ni en ese juicio pueden marginarse las circunstancias concurrentes a las que hayan atendido los negociadores, siempre que resulten constitucionalmente admisibles».

V. EL TRATAMIENTO DESIGUAL O DISCRIMINATORIO EN EL ACCESO AL TRABAJO

En el litigio principal del que dimanaban las cuestiones prejudiciales planteadas y resueltas en la sentencia objeto de comentario por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la solicitante de empleo que presentó reiteradamente su candidatura a la oferta de trabajo publicada por la empresa, y cuya candidatura fue desatendida, tantas veces como presentada, sin comunicarle los motivos de semejante rechazo, ni convocarla para la realización de entrevista (prueba) alguna, alegó infracción del principio de igualdad o discriminación, en cuanto que había sufrido un trato menos favorable que otra persona en una situación similar, a causa de su sexo, de su edad y de su origen étnico.

Según precisa la sentencia objeto de comentario «con carácter previo, hay que recordar que de los artículos 3, apartado 1, letra a), de la Directiva 2000/43, 3, apartado 1, letra a), de la Directiva 2000/78, y 1, párrafo segundo, letra a), y 14, apartado 1, letra a), de la Directiva 2006/54 se deduce que esas directivas son aplicables a una persona que trata de acceder a un empleo, incluso en lo referido a los criterios de selección y las condiciones de contratación para ese empleo». ¹³¹ La cronología de aquellas normas de la Unión Europea a las que hay que sumar la Directiva 76/207, y su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico, fue la siguiente:

- Inicialmente la primera norma comunitaria que se ocupa de la igualdad de trato entre hombres y mujeres, la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, no definió los conceptos de discriminación directa o indirecta.
- Posteriormente, se adoptaron las Directivas 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000 (por motivos de origen racial o étnico) y 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000 (por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del

¹³⁰ STC 27/2004, de 4 de marzo.

¹³¹ Ser afirma en la STJCE de 10 de julio de 2008, asunto C-54/07, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijging y Firma Fery NV, que «el hecho de que un empleador declare públicamente que no contratará a trabajadores de determinado origen étnico o racial constituye una discriminación directa de la contratación, en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra a) de la Directiva 2000/43, ya que las declaraciones de esa clase pueden disuadir firmemente a determinados candidatos de solicitar empleo y, por tanto, dificultar su acceso al mercado de trabajo».

empleo y la ocupación), que sí ya definieron la discriminación tanto directa como indirecta. Según estas normas de la Unión Europea, se entiende por «principio de igualdad de trato» la ausencia de toda discriminación, tanto directa como indirecta (basada en aquellos motivos, respectivamente). Considerándose que: a) existirá discriminación directa cuando (por los motivos respectivos indicados), una persona sea tratada de manera menos favorable de lo que sea, haya sido o vaya a ser tratada otra en situación comparable; b) existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a personas (por los motivos respectivos indicados) en desventaja particular con respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios.

- La transposición de las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE en el Derecho español se verificó por las Leyes 51/2003, de 2 de diciembre,¹³² y 62/2003, de 30 de diciembre.¹³³
- La Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, modificó la Directiva 76/207/CEE, incluyéndose las definiciones de discriminación directa e indirecta, en la línea de las definiciones contenidas en las directivas antes citadas.
- La Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación prohíbe cualquier discriminación directa o indirecta, definiendo la «discriminación directa» como «la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable» [art. 2.º 1 a)], y la «discriminación indirecta» como aquella «situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios» [art. 2.º 1 b)].
- La prohibición de discriminación directa o indirecta en el acceso al empleo o una vez empleados, se ha recogido, de modo expreso, en los artículos 4.º 2 c) y 17.1 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, redactados conforme a lo dispuesto por el artículo 37 de la citada Ley 62/2003, de 30 de diciembre.

Es de recordarse: a) Que tanto la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, como la Directiva 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social, fueron modificadas de forma sustancial; b) Que la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febre-

¹³² De igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

¹³³ De medidas fiscales administrativas y del orden social.

ro de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos, y la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, contenían también disposiciones cuya finalidad era la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres. Por todo ello se consideró que era preciso, en lo necesario, refundirlas, para reunir en un único texto las principales disposiciones existentes en este ámbito.

La refundición se llevó a cabo mediante la Directiva 2006/54 cuyo objeto es garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, conteniendo disposiciones destinadas a aplicar el principio de igualdad de trato en lo que se refiere al acceso al empleo, incluida la promoción, y a la formación profesional y a las condiciones de trabajo, incluida la retribución, conteniendo, además, disposiciones para garantizar que dicha aplicación sea eficaz mediante el establecimiento de los procedimientos adecuados.

Esta última norma de la Unión Europea resulta especialmente trascendente en cuanto que contiene normas sobre la carga de la prueba destinadas a «garantizar el respeto efectivo del principio de igualdad de trato», y siguiendo la doctrina establecida por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dispone que la carga de la prueba debe recaer en la parte demandada cuando a primera vista haya un caso de discriminación (excepto en relación con los procedimientos en que sea el tribunal o el órgano nacional competente quien deba instruir los hechos), «más aún», añade aquella norma de la Unión Europea que los Estados miembros están facultados para introducir, en todas las fases de los procedimientos, un régimen probatorio que resulte más favorable a la parte demandante. Precizando que no obstante la apreciación de los hechos de los que pueda resultar la presunción de haberse producido una discriminación directa o indirecta naturalmente corresponde al órgano jurisdiccional nacional competente, con arreglo al Derecho nacional o a las prácticas nacionales. Disposiciones cardinales de su contenido, en lo que interesa al presente trabajo, son las siguientes:

- Que «no se ejercerá ninguna discriminación directa ni indirecta por razón de sexo en los sectores público o privado, incluidos los organismos públicos, en relación con las condiciones de acceso al empleo, (...) o a la ocupación, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación, cualquiera que sea el sector de actividad y en todos los niveles de la jerarquía profesional, incluida la promoción» [art. 14 a)].
- Que se adoptarán, con arreglo a los sistemas judiciales nacionales, las medidas necesarias para que «cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato presente, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato» (art. 19.1). Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de imponer un régimen probatorio más favorable a la parte demandante.

Con referencia a nuestro ordenamiento no cabe desconocer que el artículo 35 de la Constitución española establece que «todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia». Pudiéndose afirmar que «el derecho al trabajo constituye una manifestación concreta de la libertad del hombre y tiene, por consiguiente, su fundamento en la propia dignidad humana, con independencia de su proclamación en los textos constitucionales».¹³⁴

VI. LA «CARGA DE LA PRUEBA» Y LA «PRUEBA INDICIARIA»

Precisa la sentencia objeto de comentario, que el Derecho de la Unión Europea prevé «en sustancia, en los artículos 8, apartado 1, de la Directiva 2000/43; 10, apartado 1, de la Directiva 2000/78 y 19, apartado 1, de la Directiva 2006/54 que los Estados miembros deben adoptar, con arreglo a su ordenamiento jurídico nacional, las medidas necesarias para garantizar que corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, de dicho principio acredite, ante un tribunal u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta».

Según indica la sentencia comentada, la redacción de las disposiciones antes indicadas «es casi idéntica a la del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo», por lo que acude a su propio criterio interpretativo manifestado en relación con esta última norma, según el cual:

- «En un primer momento incumbe a la persona que se considera perjudicada por la inobservancia del principio de igualdad de trato acreditar hechos que permitan presumir la existencia de una discriminación directa o indirecta. Solo cuando esa persona haya acreditado tales hechos corresponderá en un segundo momento a la parte demandada probar que no se ha vulnerado el principio de no discriminación.»¹³⁵
- «Que la apreciación de los hechos de los que pueda resultar la presunción de haberse producido una discriminación directa o indirecta corresponde a los órganos judiciales nacionales u otros órganos competentes, con arreglo al Derecho nacional y/o a las prácticas nacionales.»

¹³⁴ GÁLVEZ, J., *op. cit.* (Artículo 35), pág. 449; En el Derecho español han de recordarse los artículos 12 de la Constitución de 1876, 33 de la Constitución de 1931, 24 del Fuero de los Españoles de 1945, X de la Ley de Principios del Movimiento Nacional de 1958, y 35 de la vigente Constitución de 1978; En el derecho constitucional comparado ha de repararse en los artículos 35 y 36 de la Constitución Italiana de 1947, 12 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, y en el párrafo cuarto del Preámbulo de la Constitución Francesa de 1958.

¹³⁵ STJUE de 21 de julio de 2011, asunto C-104/10, Patrick Kelly y National University of Ireland (University College, Dublín).

Se ha destacado que una «ordenación sistemática de estas disposiciones también revela que el legislador se ha decantado por una solución que mantenga el equilibrio entre la víctima de discriminación y el empresario, cuando este es el que origina la discriminación. En efecto, y por lo que se refiere a la carga de la prueba, las tres Directivas optan por un mecanismo que permite aliviar dicha carga para la víctima, sin llegar a suprimirla».¹³⁶ Esto es, «el mecanismo implantado se desarrolla en dos fases».¹³⁷ A saber:

- «En un primer momento, la víctima debe alegar suficientemente hechos que permitan presumir la existencia de una discriminación. En otros términos, debe acreditar que existe una apariencia de discriminación.»
- «Luego, cuando se establece esta presunción, la consecuencia inmediata es que la carga de la prueba se traslada a la parte demandada.»

La formulación sobre la carga de la prueba que establece la normativa de la Unión Europea enunciada, se traduce en la construcción llevada a cabo por nuestra jurisprudencia constitucional denominada «prueba indiciaria». Ciertamente la actividad probatoria es «el banco de pruebas de la garantía constitucional de la no discriminación. El poliformismo propio de la conducta discriminatoria y la variedad de matices que puede adoptar explica esa importancia»,¹³⁸ de ahí la trascendencia que en estos procesos asume ese específico modo probatorio (indiciario).¹³⁹

Efectivamente, «tratándose de la tutela frente a actos lesivos de derechos fundamentales, se ha subrayado de forma reiterada por el Tribunal Constitucional la importancia que en relación con la misma tiene la regla de la distribución de la carga de la prueba. Con objeto de precisar con nitidez los criterios aplicables en materia probatoria cuando están en juego posibles vulneraciones de derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones laborales».¹⁴⁰ Según la jurisprudencia constitucional, tratándose de la tutela frente a actos de discriminación, ha de subrayarse la importancia que tiene la regla de la distribución de la carga de la prueba.¹⁴¹ Efectivamente:

- Por una parte, «la necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de este de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales para organizar las prestaciones de trabajo, pasa por considerar la especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de desvelar en los procedimientos judiciales correspondientes la lesión constitucional, encubierta tras la legalidad solo aparente del acto empresarial. Una necesi-

¹³⁶ Conclusión 22 de las presentadas por el Abogado General Sr. Paolo Mengozzi, en el asunto de referencia, el 12 de enero de 1012.

¹³⁷ Véase nota anterior.

¹³⁸ MARTÍNEZ ROCAMORA, L.G., *op. cit.* (*Decisiones empresariales y principio de igualdad*), pág. 171.

¹³⁹ Me remito a mi trabajo, «La prueba indiciaria. (Comentario a la STC, Sala Primera, de 30 de enero de 2003, núm. 17/2003)», publicado en esta Revista, núm. 243, junio 2003, págs. 115-132.

¹⁴⁰ STSJ de Madrid, Sala de lo Social de 17 de febrero de 2011.

¹⁴¹ STC 84/2004, de 10 de mayo.

dad tanto más fuerte cuanto mayor es el margen de discrecionalidad con que operan en el contrato de trabajo las facultades organizativas y disciplinarias del empleador».¹⁴²

- Por otra parte, «precisamente, la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador y las especiales dificultades probatorias de su vulneración en aquellos casos constituyen las premisas bajo las que la jurisprudencia constitucional ha venido aplicando la específica distribución de la carga de la prueba en las relaciones de trabajo».¹⁴³

Según la jurisprudencia constitucional «la finalidad de la prueba indiciaria no es sino la de evitar que la imposibilidad de revelar los verdaderos motivos del acto empresarial impida declarar que este resulta lesivo del derecho fundamental».¹⁴⁴ Finalidad en orden a la cual se articula el «doble elemento» de la prueba indiciaria:

- El primero, consistente en «la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental,¹⁴⁵ principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquel; un indicio que (...) no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquella se haya producido».¹⁴⁶
- El segundo, que operará «solo una vez cubierto (aquel) primer e inexcusable presupuesto», consistente en que «sobre la parte demandada recae la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquellas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios».

Pero «no se trata de situar al empresario ante la prueba diabólica de un hecho negativo, la no discriminación»,¹⁴⁷ sino «de una auténtica carga probatoria», no bastando el mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales, que claramente dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria que debe llevar a la convicción del juzgador de que las causas alegadas por el empresario han sido las únicas que han motivado la decisión empresarial, de forma que esta se hubiera producido verosímelmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador de derechos fundamentales.

Se pretende mediante la prueba indiciaria que el empleador acredite que las causas aducidas expliquen objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas su decisión, eliminando toda

¹⁴² SSTC 90/1997, de 6 de mayo, y 84/2004, de 10 de mayo.

¹⁴³ Véase nota anterior.

¹⁴⁴ STC 38/1981, 23 de noviembre.

¹⁴⁵ STC 38/1986, de 13 de marzo.

¹⁴⁶ SSTC 166/1987, de 2 de octubre; 114/1989, de 22 de junio; 21/1992, de 14 de febrero; 266/1993, de 20 de septiembre, 180/1994, de 20 de junio; 293/1994, de 7 de noviembre, y 85/1995, de 6 de junio.

¹⁴⁷ STC 114/1989, de 22 de junio.

sospecha de que aquella ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador.¹⁴⁸ La ausencia de prueba trasciende de este modo el ámbito puramente procesal y determina, en último término, que los indicios aportados por el trabajador presuntamente discriminado o tratado desigualmente desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del derecho fundamental.¹⁴⁹

Resulta así que el trabajador que invoca la regla de inversión de la carga de la prueba, ínsita en la prueba indiciaria, debe desarrollar una actividad alegatoria tal que sea suficientemente precisa, concreta, sustancial y reveladora de indicios «suficientemente fuertes» de la existencia del trato desigual o de la discriminación. Alcanzado, en su caso, semejante principio de prueba, será a la parte demandada a la que se le «cargará» la prueba de la existencia de causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable y ajena a todo propósito lesivo del derecho fundamental denunciado a la decisión o práctica empresarial cuestionada, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios.¹⁵⁰

Porque «el ejercicio de las facultades del empleador no puede servir en ningún caso a la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador»,¹⁵¹ y resulta «evidentemente» pertinente la prueba indiciaria «cuando la discriminación en el acceso al empleo se produce en el marco de un procedimiento de selección».¹⁵² Cuando la «conducta prohibida ha tenido como consecuencia el crear un obstáculo definitivo al acceso al empleo de la trabajadora afectada, sus efectos pueden ser equiparados a los de aquellas medidas que, en el ordenamiento laboral, impiden la continuidad del vínculo laboral por decisión unilateral del empresario, esto es, a los del despido fundado en la vulneración de un derecho fundamental»¹⁵³ y por ello se impone y aplica la técnica de la prueba indiciaria. También ha de aplicarse la prueba indiciaria «en el ámbito de decisiones que inicialmente pueden aparecer como amparadas en la libertad de contratación del empresario, dada la necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean

¹⁴⁸ SSTC 38/1981, de 21 de marzo; 104/1987, de 17 de junio; 114/1989, de 22 de junio; 21/1992, de 14 de febrero; 85/1995, de 6 de junio, y 136/1996, de 23 de julio, así como también las SSTC 38/1986, de 13 de marzo; 166/1988, de 28 de octubre; 135/1990, de 19 de julio; 7/1993, de 18 de enero, y 17/1996, de 7 de febrero.

¹⁴⁹ SSTC 197/1990, de 21 de noviembre; 136/1996, de 23 de julio; así como SSTC 38/1981, de 21 de marzo; 104/1987, de 17 de junio; 166/1988, de 28 de octubre; 114/1989, de 22 de junio; 147/1995, de 16 de octubre, y 17/1996, de 7 de febrero.

¹⁵⁰ SSTC 90/1997, de 6 de mayo, y 29/2002, de 11 de febrero; Esa doctrina constitucional se ha aplicado en supuestos de decisiones empresariales de despido (STC 114/1989, de 22 de junio), también en relación con otras facultades empresariales como la resolución del contrato en periodo de prueba (SSTC 94/1984, de 16 de octubre, 166/1988, de 24 de mayo), la negativa a readmitir tras una excedencia voluntaria (STC 266/1993, de 20 de septiembre), la denegación de ciertas cantidades (STC 38/1986, de 21 de marzo), el establecimiento de diferencias salariales (SSTC 58/1994, de 28 de febrero, 147/1995, de 16 de octubre), y en supuestos de pretendida represalia por el ejercicio de las acciones judiciales impidiendo el acceso de la trabajadora a un nuevo contrato de trabajo posterior a aquel en relación con el cual se ejercieron las acciones judiciales (STC 29/2002, de 11 de febrero).

¹⁵¹ SSTC 29/2002, de 11 de febrero, y 66/2002, de 21 de marzo.

¹⁵² En un razonamiento, *pari passu*, de la afirmación de la STC 87/2004, de 10 de mayo, y según la cual la pertinencia de la prueba indiciaria «resulta aún más evidente cuando la discriminación en el acceso al empleo se produce en el marco de un procedimiento de selección formalizado y sometido a los criterios de valoración de méritos contenidos en unas bases previamente adoptadas, como corresponde a la necesidad de garantizar la objetividad por la que debe regirse la decisión de la Administración pública contratante, con pleno sometimiento a los principios de mérito y capacidad, y de excluir toda arbitrariedad en la adjudicación de las plazas convocadas».

¹⁵³ STC 29/2002, de 11 de febrero.

desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de este de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales para organizar las prestaciones de trabajo».¹⁵⁴

El «mecanismo probatorio» o «carga de la prueba» instaurado explícitamente por la Directiva 2001/54 (implícitamente contenido en las Directivas 2000/43 y 2000/78) y la «prueba indiciaria» creada por nuestra jurisprudencia constitucional coinciden sustancialmente. Así se infiere de la sentencia objeto de comentario cuando afirma que mediante semejante mecanismo probatorio se salvaguarda un cierto equilibrio que permite a la víctima (trabajador) hacer valer su derecho a la igualdad de trato, y a la parte demandada (empresario) no ser objeto de un proceso judicial con la única base de las afirmaciones de la víctima.

VII. SOBRE EL ACCESO DEL CANDIDATO AL PUESTO DE TRABAJO A LA INFORMACIÓN SOBRE EL PROCESO DE SELECCIÓN, Y SU DENEGACIÓN POR EL EMPRESARIO

La información en posesión del empresario reveladora de las incidencias de un proceso de selección de personal se torna crucial a los fines de poderse constatar tratamientos discriminatorios o no igualitarios en ese proceso selectivo. Pero ¿supone ello que el candidato al puesto de trabajo pueda exigir del empresario aquella información? Esta fue la cuestión sobre la que versaron fundamentalmente las cuestiones prejudiciales planteadas, es decir, si «cuando un trabajador alega de forma verosímil que reúne las condiciones enunciadas en un anuncio de contratación, y cuya candidatura no se ha seleccionado, dichas disposiciones (Directivas 2000/54, 2000/43 y 2000/78) prevén el derecho a acceder a la información que indica si al término del proceso de contratación el empresario ha contratado a otro candidato, y si es así, conforme a qué criterios».

Entiende el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, siguiendo anterior jurisprudencia propia,¹⁵⁵ que la normativa de la Unión Europea, antes enunciada, «no prevé, a favor de una persona que se considere perjudicada por la inobservancia en lo que a ella se refiere del principio de igualdad de trato, un derecho específico a acceder a información para que le sea posible acreditar "hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta"», concretando que «teniendo en cuenta la redacción y el sistema de los artículos (de aquella normativa de la Unión Europea), ningún factor permite pensar que, al adoptar las Directivas 2000/43, 2000/78 y 2006/54, el legislador de la Unión hubiera querido modificar el régimen de la carga de la prueba establecido por el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 97/80». Esto es:

«Los artículos 8, apartado 1, de la Directiva 2000/43; 10, apartado 1, de la Directiva 2000/78, y 19, apartado 1, de la Directiva 2006/54 deben interpretarse en el sentido de que no prevén el derecho de un trabajador que alega de forma verosímil que reúne las condiciones enunciadas en un anun-

¹⁵⁴ SSTC 90/1997, de 6 de mayo, y 29/2002, de 11 de febrero.

¹⁵⁵ STJUE de 21 de julio de 2011, asunto C-104/10, Patrick Kelly y National University of Ireland (University College, Dublín).

cio de contratación y cuya candidatura no ha sido seleccionada, de acceder a la información que indica si al término del proceso de selección el empresario ha contratado a otro candidato.»¹⁵⁶

No obstante aquella resolución jurisdiccional se cuida de apostillar la anterior afirmación indicando lo siguiente:

No obstante «en el contexto de la acreditación de los hechos que permiten presumir la existencia de una discriminación directa o indirecta, es preciso garantizar que una denegación de información por la parte demandada (empresario) no pueda frustrar la realización de los objetivos pretendidos por las Directivas 2000/43, 2000/78 y 2006/54».¹⁵⁷

Es conforme al último párrafo transcrito cuando se matiza, de forma relevante, la denegación del acceso a la información en poder del empresario, al candidato al puesto de trabajo, en línea coincidente con el desarrollo por la doctrina constitucional antes expuesta sobre la prueba indiciaria. Indicando lo siguiente:

Que al verse privado de «informaciones que están en poder únicamente del empresario, (el candidato) no podría aportar al órgano jurisdiccional (...) hechos que permitan presumir la existencia de una discriminación y, por lo demás, no lo podría hacer jamás, al no beneficiarse de ningún derecho de información».¹⁵⁸

¹⁵⁶ Se precisa por la STJUE de 21 de julio de 2011, asunto C-104/10, Patrick Kelly y National University of Ireland (University College, Dublin), que «el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 97/80 debe interpretarse en el sentido de que no prevé el derecho de un candidato a una formación profesional, que considera que el acceso a esta se le ha denegado a causa de la inobservancia del principio de igualdad de trato, a acceder a la información que posee el organizador de esa formación sobre las cualificaciones de los demás candidatos a la misma formación, para que le sea posible acreditar "hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta", conforme a esa disposición».

¹⁵⁷ Indica el Abogado General Sr. Pioares Maduro, en la conclusión 16 de las presentadas el 31 de enero de 2008, en el asunto C-303/06, S. Coleman y Attridge Law, Steve Law, resuelto por STJUE de 17 de julio de 2008, lo siguiente: «En el contexto del empleo, por ejemplo, es perfectamente admisible que un empresario contrate a un candidato responsable, digno de confianza y bien educado y excluya a los candidatos irresponsables, indignos de confianza o groseros. A la inversa, se considera injusto rechazar a alguien basándose en su raza o religión, y en la mayor parte de los sistemas jurídicos la ley interviene para evitar que se produzcan discriminaciones de este tipo. Lo que determina que la conducta del empresario sea admisible o inadmisibile –y provoque, en este último caso, la intervención de la ley– es el motivo de discriminación en el que el empresario se base en cada caso». Aquel ilustre miembro del Alto Tribunal de la Unión Europea se remite a GARDNER, J.: «Discrimination as Injustice», *Oxford Journal of Legal Studies*, 16, 1996, págs. 353, 355, indicando que «tal como Gardner explica, se trata de una cuestión de justicia».

¹⁵⁸ Conclusión 26 de las presentadas por el Abogado General Sr. Paolo Mengozzi, en el asunto de referencia, el 12 de enero de 2012; Indica la STJUE de 21 de julio de 2011, asunto C-104/10, Patrick Kelly y National University of Ireland (University College, Dublin), que «aunque el artículo 4, apartado 1, de esa Directiva (97/80) no prevé a favor de una persona, que se considere perjudicada por la inobservancia, en lo que a ella se refiere del principio de igualdad de trato, un derecho específico a acceder a información para que le sea posible acreditar «hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta» conforme a esa disposición, también es cierto que no puede excluirse que la denegación de información por la parte demandada, en el contexto de la prueba de tales hechos, puede frustrar la realización del objetivo pretendido por la citada Directiva y privar así a dicha disposición de su efecto útil (...). Es preciso recordar al respecto que los Estados miembros no pueden aplicar una normativa que pueda poner en peligro la realización de los objetivos perseguidos por una directiva, y como consecuencia privarla de su efecto útil. En efecto, a tenor de los párrafos segundo y tercero, respectivamente, del artículo 4 TUE, apartado 3, los Estados miembros "adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión" y "se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la con-

¿Podría entonces inferirse, vía presunciones, de la denegación de la información pertinente por el empresario, la existencia de un trato discriminatorio o desigual?¹⁵⁹ Es cauta, pero enjundiosa, la siguiente respuesta del Tribunal de Justicia al anterior interrogante:

- Que incumbe al Tribunal «a quo» garantizar que la denegación de información por el empresario, en el contexto de la acreditación de los hechos que permitan presumir la existencia de una discriminación directa o indirecta en perjuicio del candidato al puesto de trabajo, no pueda frustrar la realización de los objetivos pretendidos por las Directivas 2000/43, 2000/78 y 2006/54, correspondiéndole «en especial», el tomar en consideración todas las circunstancias del litigio «a fin de determinar si existen indicios suficientes para que se consideren acreditados los hechos que permiten presumir la existencia de tal discriminación».
- Que «no cabe excluir que una denegación total de acceso a la información por una parte demandada (empresario) pueda constituir uno de los factores que se deben tener en cuenta en el contexto de la acreditación de los hechos que permiten presumir la existencia de una discriminación directa o indirecta».

Ciertamente, afirma la sentencia objeto de comentario que con la mera denegación de información al candidato al puesto de trabajo, sobre lo acontecido en el proceso de selección, el empresario puede «blindar sus decisiones frente a cualquier recurso. En otros términos, el empresario mantiene en su exclusivo poder elementos importantes de los que finalmente depende la fundamentación y, por lo tanto, las posibilidades de prosperar de una acción legal que el candidato finalmente no contratado pueda entablar».

Esto es, «en el contexto de un proceso de selección, también ha de tenerse presente que la posición del candidato –necesariamente externa en relación con la empresa contratante– hace que obtener indicios o hechos que permitan presumir la existencia de una discriminación sea aún más difícil que cuando se trata de demostrar que el empresario lleva a cabo algunas medidas discriminatorias en lo que se refiere, por ejemplo, a las condiciones de los trabajadores en materia de retribución. Por lo tanto, el candidato a un puesto de trabajo suele quedar a merced de la buena voluntad del empresario en lo que atañe a la obtención de elementos de información relativos a hechos que permitan presumir la existencia de una discriminación, pese a que los mismos son indispensables para que entre en juego el aligeramiento de la carga de la prueba, y puede experimentar, objetivamente, dificultades reales a la hora de obtener dichos elementos de información».¹⁶⁰

Esto es, «exigir que el candidato se ponga directamente en contacto con el comité de empresa o que se persone en el lugar de trabajo a la hora de la entrada para hacer un recuento, por «categorías», de los trabajadores presentes es particularmente hipotético y, a fin de cuentas, poco razonable, en la medida en que, por una parte, todos los trabajadores no disponen de un comité de empresa y,

secución de los objetivos de la Unión", incluidos los perseguidos por las directivas».

¹⁵⁹ Cuestión que se plantea el Abogado General Sr. Paolo Mengozzi, en la conclusión 27 de las presentadas en 12 de enero de 2012, en el asunto de referencia.

¹⁶⁰ Conclusión 32 de las presentadas por el Abogado General Sr. Paolo Mengozzi, en el asunto de referencia, el 12 de enero de 2012.

por otra, todas las características que están a la raíz de alguno de los motivos de discriminación no necesariamente pueden identificarse con la mera observación».¹⁶¹

Por tanto podría considerarse que al menos «en la hipótesis de que el candidato al puesto de trabajo esté totalmente a merced de la buena voluntad del empresario en lo relativo a los elementos de información relativos a hechos que permitan presumir la existencia de una discriminación, el equilibrio entre la libertad del empresario y los derechos del candidato al puesto de trabajo, al que el legislador de la Unión ha atribuido una importancia significativa, podría verse quebrado»¹⁶² si el candidato al puesto de trabajo no tiene acceso a la pertinente información. «Desde la perspectiva de restablecimiento de dicho equilibrio», resulta que «una denegación de información por parte del empresario puede, en función del contexto concreto en que se produzca, frustrar la realización del objetivo pretendido por dichas Directivas que consiste en la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato».¹⁶³

VIII. CONCLUSIONES

La libertad y la igualdad son connaturales a las democracias y a los sistemas de economía de mercado. La libertad política se traduce en libertad contractual o autonomía de la voluntad en las relaciones de trabajo. En tiempos de crisis económica, la búsqueda de oportunidades de empleo se hace acuciante,¹⁶⁴ con la inevitable participación en procesos de selección.¹⁶⁵ En la medida en que

¹⁶¹ Véase nota anterior.

¹⁶² Conclusión 33 de las presentadas por el Abogado General Sr. Paolo Mengozzi, en el asunto de referencia, el 12 de enero de 2012.

¹⁶³ Conclusión 34 de las presentadas por el Abogado General Sr. Paolo Mengozzi, en el asunto de referencia, el 12 de enero de 2012.

¹⁶⁴ Indica el diario *Expansión* del 24 de abril de 2012, en portada, pág. 1, «La recesión de agrava. El PIB retrocede ya un 0,4 por 100 y la tasa de paro escala al 24 por 100», noticia que desarrolla en págs. 4-5; También el diario *El Economista*, de la misma fecha, indica, pág. 23, que «España recae en recesión en el primer trimestre, que no será el peor del año», añadiendo que «el Banco de España advierte de la baja y reconoce el impacto de los ajustes anticrisis. Prosigue el deterioro del empleo, que podría arrojar una tasa de paro del 24 por 100 el viernes»; Igualmente el diario *El País*, de aquella misma fecha, abre su portada con la siguiente noticia: «España se adentra en la segunda recesión de los tres últimos años», añadiendo que «el retroceso de la economía se agudiza trimestre tras trimestre. Eurostat certifica que el déficit público de 2011 llegó al 8,5 por 100», en pág. 19, indica que «la recesión se agrava al decrecer el PIB un 0,4% en el primer trimestre», y en pág. 20 que «los afectados por ERE crecen un 55 por 100 hasta febrero»; Según la última Encuesta de Población Activa (EPA), «La población activa experimenta un descenso de 53.400 personas en el cuarto trimestre de 2011. El número de activos es de 23.081.200 personas. En términos interanuales la población activa disminuye en 23.600. La tasa de actividad retrocede 17 centésimas respecto al tercer trimestre, situándose en el 59,94%. La femenina permanece inalterada en el 52,93%, mientras que la de los varones disminuye 34 centésimas, hasta el 67,30% (...) El paro aumenta en 295.300 personas este trimestre y se sitúa en 5.273.600. Interanualmente la cifra total de desempleados se ha incrementado en 577.000. La tasa de paro sube 1,33 puntos respecto al tercer trimestre del año y se sitúa en el 22,85 por 100».

¹⁶⁵ En el Documento de Trabajo de la Comisión-Documento Informativo de la Comisión Europea al Consejo EPSCO, «La Crisis del Empleo, Tendencias, Respuestas Políticas y Acciones Clave» [COM(2009) 649 final], apartado 1, titulado, Tendencias en los Mercados de Trabajo de la Unión Europea, bajo el epígrafe «Los malos resultados económicos han dado lugar a una contracción del empleo y al desempleo», puede leerse lo siguiente: «A mediados de 2009, el empleo en la UE se había contraído en 4,3 millones (1,9%) en comparación con el año anterior, afectando a casi todos los sectores,

se anuncian procesos selectivos para la cobertura de puestos de trabajo, se produce una «publicación» de lo que hasta entonces era una decisión estrictamente particular o privada. Mediante el «anuncio» se está provocando la concurrencia y competencia entre quienes acuden a semejante llamamiento, generando en los participantes la legítima confianza de que en la resolución de ese proceso de selección, el convocante respetará y se ajustará al principio básico de igualdad y no discriminación entre quienes participan en el mismo.

La sentencia objeto de comentario es irreprochable en la medida en que impone al empresario que efectúa el anuncio del puesto de trabajo el respeto al principio de igualdad y no discriminación entre los participantes, y a observar los requerimientos de la «igualdad en el empleo y la ocupación». Pero no va más allá, sin cuestionarse siquiera si aquel proceso de «publicación» obliga al empresario convocante a respetar los principios de «mérito y capacidad» de los participantes en el proceso selectivo, y en ese aspecto ya no es tan irreprochable, por más que deje la vía abierta a la posible consideración de si acaso el no respeto al mérito y la capacidad pudiera estimarse «discriminación».

No es ejemplar la sentencia objeto de comentario en la medida en que mantiene el criterio de la anterior jurisprudencia del propio Tribunal de Justicia, que niega el derecho a «un trabajador que alega de forma verosímil que reúne las condiciones enunciadas en un anuncio de contratación y cuya candidatura no ha sido seleccionada, a acceder a la información que indica si al término del proceso de selección el empresario ha contratado a otro candidato».

aunque con un deterioro particularmente pronunciado en la construcción y la industria. Los resultados del mercado de trabajo empeoraron en todos los Estados miembros, aunque con especial incidencia en los Países Bálticos, Irlanda y España, afectados todos ellos por la crisis del mercado inmobiliario, que llevó a importantes pérdidas de empleo en el sector de la construcción», y en el epígrafe «Las condiciones del mercado de trabajo pueden deteriorarse aún más antes de empezar a mejorar», se dice lo siguiente: «A pesar de las recientes señales económicas alentadoras, el pleno impacto de la crisis económica en los mercados laborales está aún por llegar, al menos en parte. Si bien los mercados de trabajo han demostrado ser, en general, bastante resistentes, se espera que la UE pierda todavía unos 7,5 millones de puestos de trabajo entre 2009 y 2010, situándose la tasa de desempleo en el 10,3 por 100 de aquí a 2010, lo que representa un aumento de tres puntos porcentuales en comparación con 2008. La experiencia histórica muestra que el empleo reacciona con cierto retraso a la coyuntura económica, y la mayoría de los pronósticos apuntan a que, si bien la recuperación ya es perceptible, el crecimiento económico seguirá siendo moderado durante varios años. La principal reacción a la brusca disminución de la actividad económica durante el otoño del año pasado no empezó a dejarse sentir hasta 2009, y cabe esperar que las condiciones del mercado de trabajo sigan empeorando durante algún tiempo, incluso después de la reactivación del crecimiento económico. Los indicadores señalan una retención de la mano de obra, dado que la mayoría de los ajustes realizados hasta la fecha parecen haberse traducido en un descenso de la productividad más que en una pérdida de empleo. Otro mecanismo de ajuste frente al hundimiento de la demanda y la recesión económica ha consistido en concesiones salariales a cambio de estabilidad laboral. (...) el descenso de la producción combinado con la retención de mano de obra ha llevado a un aumento significativo de los costes laborales unitarios. A menos que la productividad laboral recupere un nivel más normal, se reduzcan los costes laborales unitarios y mejore la competitividad de los precios de las empresas se corre el riesgo de que la retención de mano de obra se relaje, lo que provocaría un empeoramiento de la tasa de desempleo, salvo que se produzca un claro repunte de la actividad económica»; El diario *El Mundo* de 29 de abril de 2012 abre portada con la siguiente noticia: «La UE suavizará el calendario para reducir el déficit al 3 por 100. Merkel se anticipa a las elecciones en Francia y anuncia para junio una "agenda europea para el crecimiento"», y en pág. 24, indica que «Merkel desactiva el motín contra el ahorro. La canciller alemana se adelanta a Francia y anuncia una "agenda de crecimiento"». Asegura que no constará dinero: «La competitividad no se formula a base de crédito»; El diario *ABC* de la misma fecha también lleva en portada la noticia de que «Merkel prepara una agenda de crecimiento para Europa», y en pág. 35 que «Merkel incorpora el crecimiento a un "incompleto" Pacto Fiscal. Insiste en que la austeridad presupuestaria es "innegociable", pero abre la puerta a nuevos incentivos».

Pero sí es más que estimable la mejora que introduce en la tibia manifestación de su jurisprudencia anterior, sobre las consecuencias de la denegación por el empresario al candidato «que alega de forma verosímil que reúne las condiciones enunciadas en un anuncio de contratación y cuya candidatura no ha sido seleccionada», de la información pertinente sobre el proceso selectivo. Con una consolidación espectacular de la «prueba indiciaria».

Semejante mejora en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia es sustancial y se formula de la siguiente manera: «No cabe excluir que una denegación total de acceso a la información por una parte demandada (empresario) pueda constituir uno de los factores que se deban tener en cuenta en el contexto de la acreditación de los hechos que permitan presumir la existencia de una discriminación directa o indirecta».